يُطبع لأوّل مرّة

معراج الدراية في شرح الهداية

للإمام برهان الدّين المرغيناني

تصنيف

الإمام العلّامة الفقيه قوام الدّين الكاكي الحنفيّ
المتوفى سنة ٧٤٩ هجرية

اعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بيضون
دراسات إسلامية / كلية الشريعة - جامعة بيروت الإسلامية

المجلد السادس

المحتوى:

الصّرف - الكفالة - الحوالة - أدب القاضي - الشّهادات - الرّجوع عن الشّهادة - الوكالة - الدّعوى - الإقرار

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
DKI
بيروت - لبنان

معراج الدراية في شرح الهداية

للإمام برهان الدين المرغيناني

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه قوام الدين الكاكي الحنفي

المتوفى سنة ٧٤٩ هجرية

اعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بيضون

دراسات إسلامية / كلية الشريعة - جامعة بيروت الإسلامية

يطبع لأول مرة

الجزء السادس

المحتوى:

الصرف - الكفالة - الحوالة - أدب القاضي - الشهادات - الرجوع عن الشهادة - الوكالة - الدعوى - الإقرار

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com

الكتاب: معراج الدراية في شرح الهداية

Title: MI'RĀJ AD-DIRĀYA FĪ ŠARḤ AL-HIDĀYA

التصنيف: فقه

Classification: Jurisprudence

المؤلف: الإمام قِوام الدين الكاكي (ت ٧٤٩ هـ)

Author: Al-Imam Qiwam Al-Din Al-Kaki (D. 749 H.)

المحقق: عبدالحفيظ محمد علي بيضون

Editor: Abdulhafiz Mohammed Ali Baydoun

الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-ilmiyah - Beirut

Pages	(8Parts/8Vols.) 7680 (٨أجزاء/٨مجلدات)	عدد الصفحات
Size	17 x 24 cm	قياس الصفحات
Year	2023 A.D. - 1444 H.	سنة الطباعة
Printed in	Lebanon لبنان	بلد الطباعة
Edition	1st (2 Colors) الأولى (لونان)	الطبعة

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun

1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah,
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ١١-٩٤٢٤ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠

ISBN-13: 978-2-7451-9580-7

90000

9 782745 195807

تتمة كتاب البيوع

بَابُ الرِّبَا

قَالَ: (الرِّبَا مُحَرَّمٌ فِي كُلِّ مَكِيل أَو مَوزُون إِذَا بِيعَ بِجِنسِهِ مُتَفَاضِلًا). ....

بَابُ الرِّبَا

لما ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَغُوا۟ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠] مع أنواعها صحيحها وفاسدها، شرع في بيان أبواب البيوع التي نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوا۟ ٱلرِّبَوٰٓا۟﴾ [آل عمران: ١٣٠]. والمناسبة الخاصة بباب المرابحة: أن في بيع الربا زيادة وهو حرام، وفي المرابحة زيادة وهي حلال. يقال: رِبَوِيّ، بكسر الراء، وفتح الراء خطأ. كذا في المغرب[(١)].

قوله: (الرّبا مُحَرَّمٌ في كل مكيل) أي: يوجد ويتحقق في كل مكيل، وفي بعض النُّسخ: (الربا مُحرم في كل مَكِيل).

وفي المبسوط: الربا لغة: الزيادة، يقال: أربى فلان على فلان، أي زاد، ومنه الرَّبوة للمكان المرتفع.

وشرعًا: هو الفصل الخالي عن العِوض المشروط في البيع[(٢)].

وقال علماؤنا: هو نوع بيع فيه فضل مستحق لأحد المتعاقِدين، خالٍ عمَّا يقابله من عِوضٍ شرط في هذا العقد، وعلى هذا سائر أنواع البيوع الفاسدة من قُبَيل الربا[(٣)].

وفي جمع الغلوم: الربا شرعًا: عبارة عن عقد فاسد وإن لم يكن فيه زيادة؛ لأن بيع الدرهم بالدرهم نَساءً ربًا، وإن لم تتحقق فيه زيادة[(٤)].

وعند الشافعي: البيع: هو التصرف المشروع بِحَدِّه، والربا: اسم جُعِل علمًا على تصرف يُفسدُ العقد لا على الحد المشروع[(٥)].

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (١٨٢). (٢) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٠٩).
(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٢٦٠)، والبحر الرائق (٦/ ١٣٥).
(٤) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٢٦٠)، والبحر الرائق (٦/ ١٣٦).
(٥) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ٨١)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ١٦٣).

....

وفي تَتِمّتِهم: الربا في الشرع: اسم لمقابلة عِوض مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العَقد أو مع تأخير في البدلين أو في أحدهما(١).

ثم الرِبا حرام بالكتاب والسُنة وإجماع الأمة، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة:٢٧٥] فإنه تعالى ذكر لأكل الربا خمسًا من العقوبات:

أحدها: التَّخبُط، قال تعالى: ﴿لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ ٱلَّذِى يَتَخَبَّطُهُ ٱلشَّيْطَٰنُ مِنَ ٱلْمَسِّ﴾ الآية [البقرة: ٢٧٥]، وقيل في معناه: تنتفخ بطنه يوم القيامة فتصير لا تحمله قدماه، فكلما قام سقط بمنزلة الذي أصابته من الشيطان، يؤيده قوله ﷺ: «**يملأ بطنُه نارًا بقدر ما أكل من الربا**»، والمراد به: يفتضح على رؤوس الأشهاد، كما قال ﷺ في حديث آخر: «**يُنْصَبُ لِواءُ يوم القيامةِ لأكلة الرِّبا فيجتمعون تحته ثم يُساقون إلى النارِ**».

والثاني: المَحْق، قال الله تعالى: ﴿يَمْحَقُ ٱللَّهُ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٦]، والمراد: الهلاك والاستئصال، وقيل: ذهاب البَركة والاستمتاع حتى لا ينتفع به هو ولا ولده بعده.

والثالث: الحرب، قال الله تعالى: ﴿فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٧٩] المعنى في القراءة بالمد: اعلموا الناس يا أَكَلَة الرِبا أنكم حرب الله ورسوله بمنزلة قَطّاع الطريق، وفي القراءة بغير المد: اعلموا أن أكَلة الربا حرب الله.

والرابع: الكُفر، قال تعالى: ﴿وَذَرُواْ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰاْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ﴾ [البقرة: ٢٧٨]، وقال تعالى: ﴿وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ﴾ [البقرة: ٢٧٦] أي: كفَّار باستِحلال الرِّبا.

والخامس: الخُلود في النار، قال: ﴿وَمَنْ عَادَ فَأُوْلَٰٓئِكَ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٥] يؤيد ما ذكرنا قوله ﷺ: «**أكْل دِرهم واحدٍ من الربا أشدُّ من ثلاثٍ وثلاثين زَنْيةٍ يَزنيها الرَجلُ**»(٢) «**مَنْ نَبَتَ لحمُه من الحَرامِ فالنارُ أَولى بِهِ**»(٣).

---

(١) انظر: المجموع (١٠/ ٢٥)، وأسنى المطالب (٢/ ٢١).

(٢) أخرجه الدارقطني (٣/ ٤٠٣ رقم ٢٨٤٣)، وأحمد (٥/ ٢٢٥ رقم ٢٢٠٠٧) من حديث عبد الله بن حنظلة رضي الله عنه.

(٣) أخرجه الترمذي (٦١٤)، وابن حبان (٥/ ٩ رقم ١٧٢٣) عن كعب بن عجرة رضي الله عنه.

....

[٢/ ١٢٠/ب] والمقصود من كِتابُ البُيُوع: بيان الحلال الذي هو بيع شرعًا، والحرام الذي هو ربا؛ ولهذا قيل لمحمد: ألا تصنف في الزُّهد شيئًا؟ قال: صنّفت كتاب البيوع، وليس الزُّهد إلا الاجتناب عن الحرام، والرغبة في الحَلال. كذا في المبسوط[١].

وأما السنة فأكثر من أن تحصى.

قال الإمام الإسْبِيجابي: اتفقوا على أنه إذا أنكر ربا النَّساء يَكفرُ، وفي رِبا الفضل في القدر اختلاف، فإن ابن عباس لا يرى الرِّبا إلا في النسيئة؛ لقوله ﷺ: «**لا رِبا إلا في النسيئة**»[٢]، وكلمة (إنما) للحصر، إلا أن عامة الصحابة احتجوا بالحديث المذكور في المتن[٣].

والجواب عما قال ابن عباس من التعلق بالحديث: أن هذا منصرفٌ إلى ما ليس بمكيل وموزون؛ لأنه قال في آخر الحديث: «**إلا ما كِيلَ أو وُزِنَ**» على أن ابن عباسٍ رجع عن هذا القول، ويدل عليه ما رُوي عن أبي سعيد الخدري أنه قال لابن عباس: إلى متى يؤكل الربا؟ أصحبتَ رسولَ الله ما لم نصحب؟ وسمعتَ ما لم نسمع؟ فقال: لا، ولكني حدثني أسامة بن زيد أنه ﷺ قال: «**لا ربا إلا في النَسيئَةِ**» فقال: والله لا أُواني وإياك ظل بيت ما دمت على هذا القول، فرجع، وإن لم يثبت رجوعه فإجماع التَّابعين بعده يرفع قوله[٤]. هكذا على قول محمد لا على قولهما.

وتأويل حديث أسامة بن زيد أنه ﷺ سُئِل عن مبادلة الحِنطة بالشعير أو الذهب بالفضة فقال: «**لا رِبَا إلا في النَّسيئَةِ**» بناء على ما تقدم من السؤال، وكأن الرَّاوي سمع لفظه ﷺ ولم يسمع ما تقدم من السؤال، أو سمع ولم يشتغل بنقله. كذا في المبسوط[٥].

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٠٩).
(٢) أخرجه البخاري (٣/ ٧٤ رقم ٢١٧٨٧)، ومسلم (٣/ ١٢١٧ رقم ١٥٩٦).
(٣) انظر: البحر الرائق (٦/ ١٣٧).
(٤) ينظر: الإقناع في مسائل الإجماع (٢/ ٢٢٦).
(٥) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ١١٢).

فَالعِلَّةُ عِندَنَا الكَيلُ مَعَ الجِنسِ وَالوَزنُ مَعَ الجِنسِ.

قَالَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: وَيُقَالُ القَدرُ مَعَ الجِنسِ وَهُوَ أَشمَلُ.

وَالأَصلُ فِيهِ: الحَدِيثُ المَشهُورُ وَهُوَ قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الحِنطَةُ بِالحِنطَةِ مِثلا بِمِثل يَدا بِيَد، وَالفَضلُ رِبا» وَعَدَّ الأَشيَاءَ السِّتَّةَ: الحِنطَةَ وَالشَّعِيرَ وَالتَّمرَ وَالمِلحَ وَالذَّهَبَ وَالفِضَّةَ عَلَى هَذَا المِثَالِ.

(فالعلة) أي: علة حرمة الربا أو وجوب المُساواة، قال صاحب الهداية: **(وهو)** أي: القدر **(أشمل)** لتناوله الكَيل والوَزن، فالقَدر عبارة عن امتلاء المعيار، والجنس عبارة عن مشاكَلة المعاني، **(والأصل فيه)** أي: في وجوب المساواة **(الحديث)** وهو مذكور في صحيح مُسلم وغيره.

في المبسوط[١]: بدأ محمد الكتاب بحديث رواه عن أبي حَنيفَة عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله ﷺ قال: **(«الحِنطَةُ بِالحِنطَةِ»)** وهو حديث مشهور تلقته العلماء بالقبول، ولشهرته ظن بعض العلماء أنه متواتر، وليس كذلك؛ لأن حد المتواتر ما استوى طَرْفَاه ووسطه، ولم يوجد ذلك في هذا الحديث، ولكنه مشهور تجوز الزيادة على الكتاب به، ومداره على أربعة نَفَر من الصحابة رضي الله عنهم: عُمَر وعبادة بن الصامت وأبي سعيد الخَدري ومُعاوية بن أبي سُفيان رضي الله عنهم، مع اختلاف ألْفاظِهِم.

وفي مبسوط شيخ الإسلام: قال الجَصّاص: هذا الحديث يقرب من التواتر؛ لكثرة رواته[٢].

قوله: (وَمَعْنَى الْأَوَّلِ)[٣] إلى آخره، وإنما زدنا ذلك بدليلين:

أحدهما: أنه عَلَيْهِ السَّلَامُ ذكر حرف الباء في أحد المذكورين، وهو إنما يستعمل في مثل هذا الموضع للمبادلة.

والثاني: ما ذكر بعد هذا بقوله: **«وإذا اختَلَفَ النوْعان فبيعوا كيفَ شِئتمُ»** فقد ذكر البيع عند اختلاف النوعين. كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

---

(١) انظر: المبسوط للشيباني (٥/ ١).

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص (٢/ ١٨٧).

(٣) انظر المتن ص ٧.

وَيُروَى بِروَايَتَينِ: بِالرَّفعِ مِثلٌ، وَبِالنَّصبِ مِثلًا.

وَمَعنَى الأَوَّلِ: بَيعُ التَّمرِ، وَمَعنَى الثَّانِي: بِيعُوا التَّمرَ، وَالحُكمُ مَعلُومٌ بِإِجمَاعِ القَائِسِينَ ....

(بالرَّفْع، مِثْلٌ) أي: بيع التمر بالتمر مثلٌ بمثلٍ، فكان إخبارًا في معنى الأمر.

ثم المراد بقوله ﷺ: «**الحِنطَةُ بِالحِنطَةِ**» ليس بيع ما ينطلق عليه اسم الحنطة؛ فإن حَبّة منها بحبّة منها لا يجوز؛ لعدم التقوم مع وجود اسم الحنطة، فعلم أن المراد الحنطة الموصوفة بوصف، وهي الحنطة التي تدخل تحت المماثلة، بدلالة قوله: «**مثلٌ بمثلٍ**».

قوله: (والحكم) وهو حرمة الرِّبا أو وجوب المساواة **(بإجماع القائسين)**[1][2]؛ أي: القائلين بحجة القِياس، واحترز به عن قول داود بن علي الأصبهاني ومَن تابعه من المتأخرين، وقول عثمان البَتّي من المتقدمين[3] فإن عندهما حكم الرِّبا يقتصر على الأشياء الستة، أما داود لا يرى القياس حجة أصلًا، وعثمان كان يرى القياس حجة، ولكن بشرط أن يقوم دليل في كل أصل على جواز القياس عليه، ولم يقم ذلك الدليل هاهنا، ولأنه ﷺ نصَّ على هذه الأشياء فلا يقاس غيرها عليها أدّى ذلك إلى إبطال ما نصَّ عليه ﷺ، كما نص على قتل خمس فواسق، فلم يجز قياس غير الخمس عليه.

وقلنا: قد قام الدليل على اعتبار القياس فيه، وهو ما روى ابن عمر أنه ﷺ قال: «**لا تبيعُوا الصاعَ بالصاعَيْنِ**» الحديث. ولم يرد بالصاع: عينَ الصاع، فإنه يجوز بيع الصاع بالصاعين بالإجماع، بل: ما يحويه، فكما أن الصاع يحوي هذه الأشياء، يحوي سائر المكيلات أيضًا.

وعن مالك بن أنس، وإبراهيم بن إسحاق الحنظلي[4] [٢/١٢١/أ] أنهما

---

(١) هكذا في الأصول الخطية، وفي المتن المشروح: (والحكم معلول بإجماع القائسين).

(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٥)، والبناية شرح الهداية (٨/ ٢٦٤).

(٣) انظر: المبسوط (١٢/ ١١٢)، وتبيين الحقائق (٤/ ٨٥).

(٤) هكذا في الأصل، وهو قلب للاسم، وصوابه: (إسحاق بن إبراهيم الحنظلي).

لَكِنَّ العِلَّةَ عِندَنَا مَا ذَكَرناهُ.

رويا هذا الحديث المعروف، وذكرا في آخره: وكذلك كل ما يكال أو يوزن، فهو تنصيصٌ على تعدية الحكم(١).

ورُوي أن عامل خيبر أهدى إلى النبي ﷺ تمرًا جيدًا، فقال له عليه السلام: «**أَوَكُلُّ تَمرِ خَيبَر هكذا؟**» قال: لا، ولكني أعطيت صاعين وأخذت صاعًا من هذا، فقال عليه السلام: «**أَرْبَيْتَ، هَلّا بعتَ تمرَكَ بِسِلعةٍ، ثم ابتَعتَ بِسلعَتِك هَذا**»(٢).

هذا بخلاف قوله: «**خمسٌ من الفواسِقِ**» فإن التعليل بغير حكم النص؛ لأنه عليه السلام نصَّ على الخمس، فلو اشتغلنا بالتعليل كان أكثرَ من الخمس، فيكون إبطالًا للمنصوص، وهاهنا ليس أن مال الرِّبا ستة ولكنه ذكر حكم الربا، فالاشتغال بالتعليل لا يبطل المنصوص عليه، ثم فائدة تخصيص هذه الأشياء الستة بالذكر: أن عامة المعاملات حينئذٍ كانت بها، على ما جاء في الحديث: «كُنّا نَتَبَايَع في الأسوَاقِ بالأوسَاقِ» والمراد ما يدخل تحت الوسق وما تكثر الحاجة إليه. كذا في المبسوط.

(**لكن العلة عندنا ما ذكرناه**) وهو القدر والجنس(٣)، وبه قال أحمد في رواية(٤) إلا أنه في الذهب والفضة معنا(٥) باتفاق الروايات، وفي غيره مع الشافعي(٦) في رواية.

وقال الكرخي: العلة مع الجنس الفضل على القدر، وهو ضعيف؛ لأنه لا يجوز إسلام قفيز حنطة في قفيز شعير، وعلة حرمة النَّساء أحد وصفي علة الربا الفضل، ولو كانت العلة مع الفضل لما حرم النَّساء هاهنا؛ لانعدام الفضل(٧).

---

(١) انظر: المبسوط (١٢/ ١١٢).
(٢) أخرجه البخاري (٣/ ٧٧ رقم ٢٢٠١)، ومسلم (٣/ ١٢١٥ رقم ١٥٩٣) من حديث أبي سعيد الخدري، وأبي هريرة رضي الله عنهما.
(٣) انظر: المبسوط (١٢/ ١١٣).
(٤) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١/ ٣١٧)، والكافي (٢/ ٣٢).
(٥) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٨٣)، وتبيين الحقائق (٤/ ٨٥).
(٦) نظر: الأم (٣/ ٢٢)، والحاوي الكبير (٥/ ١١٠).
(٧) انظر: المبسوط (١٢/ ١١٣).

....

وقال ابن سيرين: العِلّة تقارب المنفعة مع الجنس؛ لوجود ذلك في هذه الأشياء المذكورة فإن الحنطة مع الشعير يتقارب في المنفعة[١].

وقال مالك: العلة الافتئات والادخار وما يصلح لذلك في جنس؛ لأنه ﷺ خصَّ بالذكر كل مُقتات ومُدَّخَر.

قال أصحابه: تخصيصه البُرَّ وما ذكر معه؛ ليُعتَدَّ به معنًى لا يُعلَم مع عدمه ولا مع نصه من غيره؛ ليُنبِّه بالبُر على كل مقتاتٍ تعُمُّ الحاجة إليه، وتقوم الأبدان به، وبالشعير [ليبيِّن مشاركة الشعير][٢] للبَرّ في ذلك وإن [الترحمة][٣] بصفة أخرى من كونه علفًا، أو قوتًا حال الاضطرار، فنبَّه على الذَّرة ونحوها، وبالتَّمر لينبّه على كل حلاوة مدّخَرة غالبًا كالعسلِ والسكرِ والزيتِ، والملح؛ لينبّهِ على أن ما أصلح المُقتات من المأكولات في حكمها، كالأبازير[٤] وما في معناها عندهم.

والذهب والفضّة عندهم معلل بعلة قاصرة غير متعدية، وأنهما قيم المتلفات وأصول الأثمان، كذا ذكره القاضي عبد الوهاب في كتابه المعونة[٥].

وقال الشافعي في القديم: العِلّة: الطَّعم مع الكيل أو الوزن[٦].

وقال في الجديد: العلة: هي الطَّعم في الأشياء الأربعة، والثمنية في الذهب والفضة[٧]. وبه قال أحمد في رواية[٨]، والجنسية شرط لا تعمل العِلّة بدونه؛ ولهذا قال: الجنس بانفراده لا يَحرّم النَّساء، وهكذا في كتبهم[٩].

---

(١) انظر: المبسوط (١٢/ ١١٣).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) هكذا في الأصل، وهذا الكلام منقول من كتاب المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب، وفيه: (وإن انفرد بصفة بكونه علفًا).
(٤) جمع بِزْر، وهو التَّابَل، وجمعه توابل. القاموس المحيط (١/ ٣٤٩).
(٥) انظر: المعونة على مذهب أهل المدينة (ص ٩٥٩).
(٦) انظر: الوسيط في المذهب (٣/ ٤٧)، وفتح العزيز بشرح الوجيز (٨/ ١٦٣).
(٧) انظر: المجموع شرح المهذب (١١/ ٢٤٠).
(٨) انظر: شرح الزركشي (٣/ ٤١٦)، وحاشية الروض المربع (٤/ ٤٩٤).
(٩) انظر: فتح العزيز بشرح الوجيز (٨/ ١٦٦)، وجواهر العقود (١/ ٥٥).

وَعِندَ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: الطَّعمُ فِي المَطعُومَاتِ وَالثَّمَنِيَّةُ فِي الأَثمَانِ، وَالجِنسِيَّةُ شَرطٌ، وَالمُسَاوَاةُ مَخلَصٌ.

وفي الحلية[١]: فعلى القول الجديد هل يحرم الربا في الماء؟ فيه وجهان: أصحهما: أنه يحرم، وفي الأدهان المطيبة وجهان: أصحهما: أنه يحرم، وفي البُزور ودهن السمك وجهان، وفي الزعفران وجهان وفي بَزْر البصل والفجل وجهان، وقال بعض أصحابه: إن الرِّبا في الذهب والفضة بعينهما[٢].

وقال جمهور أصحابه: العِلّة صلاحية الثّمنيّة الغالبة، وإن شئت قلت: جوهرية الأثمان غالبًا، والعبارتان تشملان التِّبْر والمضروب والحلي، وفي تعدّي الحكم إلى الفلوس الرابحة وجه[٣]، والصحيح من مذهبه أنه لا ربا فيها؛ لانتفاء الثمنية الغالبة، للشافعي[٤] قوله عليه السلام: «**لا تَبيعوا الطَّعامَ بالطَّعامِ**»[٥] الحديث. فذِكْر الطعام - وهو مشتق - مُشعِرٌ بأن الطعم علة؛ إذ الحكم متى يترتب على اسم مشتق كان مأخذ الاشتقاق عِلّة، كما في الزّاني والسّارِق، فإن الزِّنا والسّرِقة عِلّة القطع والحد، والابتداء بالنّهي مُشعِرٌ بأن حرمة البيع أصل، والجواز يعارض المساواة؛ إذْ لو اقتصر على قوله: «**لا تَبِيعُوا**» لم يجز بيع أحدهما بالآخر بحال، والطّعام يتناول القليل والكثير، فتثبت الحرمة في الحفنة بالحفنتين، والتفاحة بالتفاحتين، والبيضة بالبيضتين، والتمرة بالتمرتين، والجوزة بالجوزتين.

والتعليل بالقدر يقتضي تخصيص النص المعلَّل، وذا لا يجوز.

---

(١) انظر: حلية العلماء (٤/ ١٤٩).
(٢) انظر: العزيز شرح الوجيز (٨/ ١٦٤)، والغرر البهية (٢/ ٤١٤).
(٣) انظر: روضة الطالبين (٣/ ٣٨٠).
(٤) انظر: البيان (٥/ ١٦٤)، والإبهاج في شرح المنهاج (٣/ ١٤٥).
(٥) لم أجده بهذا اللفظ، وأخرج مسلم (٣/ ١٢١٤ رقم ١٥٩٢) من حديث معمر بن عبد الله رضي الله عنه: أنه أرسل غلامه بصاع قمح، فقال: بعه، ثم اشتر به شعيرًا، فذهب الغلام فأخذ صاعًا وزيادة بعض صاع، فلما جاء معمرًا أخبره بذلك، فقال له معمر: لم فعلت ذلك؟ انطلق فرده، ولا تأخذن إلا مثلا بمثل، فإني كنت أسمع رسول ا صلى الله عليه وسلم يقول: «الطعام بالطعام مثلًا بمثلٍ»، قال: وكان طعامنا يومئذ الشعير، قيل له: فإنه ليس بمثله، قال: إني أخاف أن يضارع.

وَالأَصلُ هُوَ الحُرمَةُ عِندَهُ، لِأَنَّهُ نَصَّ عَلَى شَرطَينِ: التَّقَابُضِ وَالمُمَاثَلَةِ، وَكُلُّ ذَلِكَ يُشعِرُ بِالعِزَّةِ وَالخَطَرِ كَاشتِرَاطِ الشَّهَادَةِ فِي النِّكَاحِ، فَيُعَلَّلُ بِعِلَّة تُنَاسِبُ إظهَارَ الخَطَرِ وَالعِزَّةِ وَهُوَ الطَّعمُ لِبَقَاءِ الإِنسَانِ بِهِ، وَالثَّمَنِيَّةُ لِبَقَاءِ الأَموَالِ الَّتِي هِيَ مَنَاطُ المَصَالِحِ بِهَا، وَلَا أَثَرَ لِلجِنسِيَّةِ فِي ذَلِكَ، فَجَعَلنَاهُ شَرطًا ....

(ولأنه) أي: الشارع **(نصَّ على شَرْطَي التقابض والمماثلة)** لجواز البيع في هذه الأشياء، فهذا مُشعِرٌ بأن موجبهما وصف في المحل ينبئ عن زيادة [٢/ ١٢١/ب] العزة والخطر حتى يجب لأجلِه زيادة الشرط؛ لأنه متى يفيد إصابته بشرط زائد لا يهون في أعين المُتملِّكين، فيعظم نظره في أعين الناس، كالعَقْد الوارِد على الأبضاع لما خصَّ بشرْطٍ زائد - وهو الشُّهود والولي دون سائر المعاملات - دلَّ على أن المستحق به ما له خطر، وهو البضع **(فيعَلَّل بعلةٍ تُناسبُ إظهار العزةِ والخطرِ، وهو الطّعمُ؛ لبقاءِ النفوسِ، والثّمنيّة لبقاءِ الأموالِ التي هي في مناطِ مصالحنا بها)** إذِ الأموال إنما تبقى أموالًا ما دامت لها أثمان؛ لأن ما لا يبدل الثمن بمقابلته لا يكون مالًا ككف من تُراب ونحوه، فالأموال سبب بقاءِ الأنفس بوصف أنها مَأكولة أو وسيلةٍ إليه.

(ولا أثر للجنسية والقدر في ذلك) أي: في إظهار شُبهَة العِزة والخطر؛ لثبوتها في خطير ومهان، ولكن الحُكم لا يثبت إلا عند وجود الجنسية **(فجعلناها شرطًا)** لا عِلّة، والحُكم قد يدور مع الشَّرط، كالإحصان مع الرَّجم.

والفرق بينهما بالتأثير وعدمه؛ ألا ترى أنه ﷺ عند بيان حكم الرِّبا ذكر كل الأثْمان، وأنفَسَ كل مَطعوم، لما تعذَّر بيان كل مَطعوم، فالبرُّ أنفسُ كل مطعوم بني آدم، والشعير أنفس عَلَف الدوابِ، والتمر أنفس الفواكه، والملح أنفس التوابل؛ ليُشعِر بأن العِلّة هي الطَّعم، ولو كان القدر عِلّة لكان ذكر هذه الأشياء تكرارًا محضًا؛ إذْ صفة القدر لا تختلف في هذه الأربعة؛ ولهذا قال مالك: إن العِلّة الاقتيات والادِّخار؛ لأنه خصَّ بالذكر كل مقتات ومدَّخر[١]. كذا في الكافي والمبسوط[٢].

---

(١) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة (٢/ ٦٤٨)، وبداية المجتهد (٣/ ١٥٠).
(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ١١٥).

وَالحُكمُ قَد يَدُورُ مَعَ الشَّرطِ.

وَلَنَا: أَنَّهُ أَوجَبَ المُمَاثَلَةَ شَرطًا فِي البَيعِ وَهُوَ المَقصُودُ بِسَوقِهِ تَحقِيقًا لِمَعنَى البَيعِ، إذ هُوَ يُنبِئُ عَنِ التَّقَابُلِ ....

وقوله: (والحكم قد يدور) لدفع شبهة ترد على جعله الطَّعم عِلّة، والثمنية عِلّة، وهو أن الحكم يدور مع الجنسية، كما يدور مع الطَّعم والثمنية عنده، فلم يجعل الجنسية عِلّة كما جعلها خصمك أحد وصفي علة الرِّبا.

فأجاب عنها فقال: نعم كذلك، إلا أن العليّة للوصف الذي له أثرٌ في استجلاب ذلك الحكم لا لمجرد الدوران، فإن الحكم قد يدور مع الشرط، كالرَّجم مع الإحصان في الزِّنا. إليه أشير في المبسوط[1].

(ولنا أنه) أي: الحديث المشهور **(أوجب المماثلة شرطًا)** لجواز البيع **(وهو)** أي: المماثلة، على تأويل التماثل، أو بالنظر إلى الخبر، وهو المقصود بسوق الحديث؛ لأن معناه: بيعوا هذه الأشياء مثلًا بمثلٍ؛ إذِ الباء للإلصاق، فدل على إضمار فعل، وذا (بيعوا) لقوله ﷺ بعدها في رواية: «**إذا اْختَلَفَ النَّوْعَانِ فبيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ**»[2] فذكرهُ عند الاختلاف يدل على أنه المضمن عند الاتفاق، وقوله ﷺ: «**لا تَبِيعَوا الطَّعامَ بالطَّعامِ**»[3] الحديث، يدل أيضًا؛ إذِ النهي عن الشيء أمر بضده.

وقوله: (مِثلًا بمثلٍ) حال لما سبق، والأحوال شروط كأن دخلت الدار راكبة، والأمر للإيجاب، والبيع مباح، فصرف الأمر إلى الحال التي هي شرط، أي: بيعوا بوصف المماثلة، وقد تعلّق المباح بشرط فتجب رعايته، كالإشهاد في النِّكاح، وروي: «**مثلٌ بمثلٍ**» أي: بيعها مثل بمثل، والإخبار بمعنى الأمر، بل آكَدُ منه. **(تحقيقًا لمعنى البيع)** أي: الحديث المشهور أوجب المماثلة تحقيقًا لمعنى البيع **(إذْ هو)** أي: البيع **(ينبئ عن التقابل)** لأن البيع مبادلة المالُ بالمالِ، وما كان من باب المفاعلة يقتضي مقابلة كل جزءٍ من أجزائه بمقابلة كل جزءٍ من أجزاء الآخر في متحد الجنس، ولو فضَّل أحد العوضيْن لخلا ذلك الفضل عن

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ١١٥).

(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١١ رقم ١٥٨٧) من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه.

(٣) تقدم تخريجه.

وَذَلِكَ بِالتَّمَاثُلِ، أَو صِيَانَة لِأَموَالِ النَّاسِ عَن التَّوَى، أَو تَتمِيمًا لِلفَائِدَةِ بِاتِّصَالِ

العِوَض، فلا يتحقق مع التَّقابل، فلا تتحقق المعاوضة، بل يكون استحقاقًا لذلك القَدرِ، وذا خلاف قضية المعاوضة.

وقولِهِ: **(أو صيانةً)**؛ عطف على قوله: **(تحقيقًا)**[١] يعني: أوجب المماثلة شرطًا صيانةً للأموال عن التَّوَى؛ لأنه لو لم يشترط المُمَاثلة لاستحق الفضل بلا مِنّة وعِوَض، فتتلف الزِّيادة بالاستحقاق بلا عِوَض، فإذا شرط التَّمَاثل يصون عن التوى والتَّلَف.

(أو تتميمًا للفائدة) أي: فائدة التبايع بوجود التقابض، أو شَرط سبب للتّنازع المانع عن المقصود بالتّبايع، وهو التّقابض، أي: التسليم والتسلّم؛ إذِ المشروط له الفضل يطالب صاحبه بالتسليم بحكم الشرط، أو الآخر يمتنع عن التسليم بحكم الشَرِط؛ لوجود الضرر، فيقعان في التّنَازع وهو فَاسد، وما يفضي إلى الفاسد فاسد، نعم قد رضي به لكن ربما يندم؛ لأن طبعه لا ينقاد ظاهرًا؛ لكونه مجبولًا على حب المال، فربما يتنازعان عند التسليم والتسلم. كذا في الكافي.

وفي المبسوط: صاحب الشَّرع أوجب المماثلة في الجنس الواحد تتميمًا للفائدة في حق العاقِدين؛ إذْ لو كان أحد العوضين أقل من الآخر تكون الفائدة تامة في حق أحد المتعاقدين دون الآخر[٢]، وفي إيجاب المماثلة إتمام الفائدة لكل واحدٍ منهما.

وقيل: معناه: تتميمًا للفائدة؛ أي: باتصال [٢/ ١٢٢/أ] التسليم، يعني في الذهب والفضة اشتراط التماثل بالقبض، فإنهما لا يتعينان بالتعيين، فيحتاج إلى القبض لتحقيق التماثل، فكان تتميم الفائدة فيه باتصال التسليم بالتماثل، والأول أصح؛ لأنه تعليل عامٌ في جميع الأموال.

وفي المبسوط: رُوي أنه ﷺ قال بعد ذكر هذه الأشياء: «**وكَذَلِك كل ما يُكَال أو يُوزَنُ**» فقد عطف سائر الأشياء على الأشياء السِّتة بصفة الكيل والوزن، فدلَّ أن العلة فيهما الكَيل والوَزن، ولو لم تثبت هذه الزيادة فقوله ﷺ: «**الحِنْطة**» الحديث. إلى آخر ما ذكر في المتن[٣].

---

(١) انظر المتن ص ١٢.
(٢) انظر: المبسوط (١٢/ ١١٦).
(٣) انظر: المبسوط (١٢/ ١١٢).

التَّسلِيم بِهِ، ثُمَّ يَلزَمُ عِندَ فَوتِهِ حُرمَةُ الرِّبَا، وَالمُمَاثَلَةُ بَينَ الشَّيئَينِ بِاعتِبَارِ الصُّورَةِ وَالمَعنَى، وَالمِعيَارُ يُسَوِّي الذَّاتَ، وَالجِنسِيَّةُ تُسَوِّي المَعنَى، فَيَظهَرُ الفَضلُ عَلَى ذَلِكَ فَيَتَحَقَّقُ الرِّبَا، لِأَنَّ الرِّبَا هُوَ الفَضلُ المُستَحَقُّ لِأَحَدِ المُتَعَاقِدَينِ فِي المُعَاوَضَةِ الخَالِي عَن عِوَضٍ شَرط فِيهِ، وَلَا يُعتَبَرُ الوَصفُ، لِأَنَّهُ لَا يُعَدُّ تَفَاوُتا عُرفا، أَو لِأَنَّ فِي اعتِبَارِهِ سَدَّ بَابِ البِيَاعَاتِ، ....

(عند فوته) أي: فوت التماثل الذي هو شرطُ الجواز **(حرمة الرِّبا)** لقوله ﷺ: «**والفَضلُ رِبَا**»(١) وإذا كان حُكم النص وجوب المُمَاثلة وحُرْمة الفَضْل بناء عليه، فيعلل بِعلّة تؤثر في إيجاب المُمَاثلةِ، وهو القدر والجنس، لا الطَّعم والثّمنّية؛ لأن إيجاب المَمَاثلة بين الشيئَيْنْ باعتبار الصورة والمعنى؛ لأن لكل مُحدَثٍ موجود بصورته ومعناه، وإنما تقوم المُمَاثلة بهما، فالقَدْر: عبارة عن التساوي في المعيار، فتحصل به المماثلة صورةً، والجِنْس: عبارة عن التشاكل في المعاني، فتثبت به المماثلة معنًى.

فإن قيل: حُكم النص وجوب المُمَاثلة، فأي أثر للكَيْل والجِنْس في وجوب المماثلة؟ بل أثرهما في وجودها.

قلنا: المراد: المقصود من الوجوب الوجود، ولا يمكن الابتلاء بالإيجاد إلا بالوجوب؛ لأن الوجوب يُفضي إلى الوجود، ولا يمكن إيجاد المماثلة إلا بالقدر والجنس، فيكون لهما أثر في وجود المُمَاثلة، فأضيف إليه؛ لأن حُكم النص إيجاب المماثلة، وحُرمة الفَضْل عند فوتهما. كذا في جامع قاضي خان(٢).

(ولا يعتبر الوصف) أي: وصف الجودة والرَدَاءة **(عرفًا)** فإن الناس لا يعدون التَّفاوت فيه معتبرًا لقلته؛ ولهذا تعرف الأموال بالقدر دون الوصف، فيقال له: مائة درهم أو دينار من غير اعتبار التَّفاوت بين الجَيد والرَديء.

(أو لأن في اعتباره) أي: في اعتبار التَّفاوت في الوصف **(سد باب البيع)** في هذه الأشياء، وهو مفتوحٌ؛ لأن بيع هذه الأشياء لا يجوز مُتَفاضلًا ولا

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) انظر: فتح القدير (٦/ ٣٩٤).

أَو لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : «جَيِّدُهَا وَرَدِيئُهَا سَوَاءٌ» وَالطَّعمُ وَالثَّمَنِيَّةُ مِن أَعظَم وُجُوهِ المَنَافِعِ، وَالسَّبِيلُ فِي مِثلِهَا الإِطلَاقُ بِأَبلَغِ الوُجُوهِ لِشِدَّةِ الِاحتِيَاجِ إِلَيهَا دُونَ التَّضيِيقِ فِيهِ ....

مُجَازفة، فلم يبقَ إلا حالة التّساوي، ولو اعتبر المساواة في الوصف تفسد بياعات هذه الأشياء بجنسها؛ لأن الحِنْطَة لا تكون مثل حِنْطة أخرى في الوصف لا مُحالة. كذا في مبسوط شيخ الإسلام.

وفي المبسوط: [سقوط][١] قيمة الجودة بالنّص والإجماع، فإن بيع قفيز حنطة جيدة بقفيز حنطة رديئة ودرهم لا يجوز بالإجماع[٢].

وما كان مالًا متقومًا يجوز الاعتياض عنه بالبيع، وإنما لا يجوز الاعتياضُ عما فسدت قيمته شرعًا كالخمر ونحو ذلك، فلما لم يجز الاعتياض عن الجودة عُرِف أن لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها[٣].

وقوله: **(وَالطَّعْمُ وَالثَّمَنِيَّةُ)** جوابٌ عن حرف الخصم، يعني: لما كان الطَّعم والثَّمنيّة **(مِنْ أَعْظم وُجوه المنافع)** كما ذكرت **(فالسّبيل فيها)** أي: الأشياء التي تتعلق بها أعظم وجوه المنافع.

(الإطلاق) أي: التوسعة لا التضييق، فإن السنة الإلهية جرت في حق جنس الإنس وسائر الحيوانات أن ما كان الاحتياج إليه أكثر كان أمره في الوجود وإطلاق الشرع أوسع، كالماء والهواء وعلف الدواب، وإذا كان كذلك كان تعليله بها يوجب التضييق تعليلًا بفساد الوضع؛ إذْ علته تقتضي ما يضاد وضعه في الحكم، كإيجاب الفرقة بإسلام أحد الزوْجَين، فعُلِم بهذا أن قوله: (فيعلل بعلة تناسبُ إظهار الخطر[٤] والعزة) وقع فاسدًا في مخرجه؛ بل كان ذلك ينافي حكم خطره.

وفي المبسوط[٥]: وتأثير الحاجة في الإباحة لا في الحرمة، كتناول الميتة، فإنه يحل بكثرة الاحتياج بالضرورة، ولا معنى لما قال: إن الشَّرع شرط لجواز

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١١٨).

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ١١٨).

(٤) في الأصل: (الحذر)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ١١٩).

....

البيع في هذه الأموال بشرطَيْن زائدَيْن.

قلنا: الشرع ما حرّم في هذه الأموال إلا ما حرّم في سائر الأموال، وهو الفضل الخالي عن العِوَض، إلا أن الفضل في سائر الأموال يثبت بالشرط، وهاهنا يثبت شرعًا بدون الشرط.

وقوله: (كاشتراط الشهادة) غير قوي؛ لأن هذه الأموال بِذْلة كسائر الأموال حتى يحلّ تناولها بدون الملك بالإباحة، وبالملك بغير عوض وهو الهبة، بخلاف البضع فإنه مصون عن الابتذال ملحق بالنفوس، فيجوز أن يشترط في الملك عليه زيادة شرط لإظهار خطر المحل.

وأما قوله: اسم مشتق، كأن مأخذ الاشتقاق عِلّة.

قلنا: هذا هكذا إذا كان المعنى صالحًا مؤثرًا، كما في الزِّنا والسرقة، أما إذا لم يكن صالحًا لهذا لما ذكرنا فلا.

وأما قوله: إن سياق النص يُشعر بكون الحرمة أصلًا.

فقلنا: ليس كذلك؛ لما بيّنا أن النص أوجب [٢/ ١٢٢/ب] المساواة، وحرّم التفاضل لوجود العلة، وعند الشافعي(١) ومالك(٢) وأحمد في رواية لا يحرم في غير المطعوم والمقتات(٣) لعدم(٤) العلة، وجواز البيع أصل في الأموال، والحرمة بناء على فوات المساواة؛ لأن ما يوجبُ أحد الضدَّيْن يقتضي نفي الضد الآخر إذا كان مفوتًا له، فالأمر بالإمساك في رمضان يقتضي حُرمة الأكل والشرب، وهاهنا كذلك، فكان الجواز باعتبار الأصل لا باعتبار المخلص، وإن كان هذا مخلصًا فهو مخلص في حال التساوي، وعلة الرِّبا في حالة الفضل، والشيء الواحد يتضمن حكمين في محلين، كالنِّكاح يثبت الحل في المنكوحة، والحرمة في أمها.

---

(١) انظر: الغرر البهية (٣/ ١٨)، ومغني المحتاج (٣/ ٥٦١).
(٢) انظر: بداية المجتهد (٣/ ١٥٣)، والفروق للقرافي (٣/ ٢٥٥).
(٣) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١/ ٣١٦)، والهداية (ص: ٢٤٠).
(٤) في الأصل: (لغير) والمثبت من النسخة الثانية.

فَلَا مُعتَبَرَ بِمَا ذَكَرَهُ.

إِذَا ثَبَتَ هَذَا نَقُولُ إذا بِيعَ المَكِيلُ أَو المَوزُونُ بِجِنسِهِ مِثلًا بِمِثل جَازَ البَيعُ فِيهِ لِوُجُوبِ شَرطِ الجَوَازِ، وَهُوَ المُمَاثَلَةُ فِي المِعيَارِ؛ أَلَا تَرَى إِلَى مَا يُروَى مَكَانَ قَولِهِ: «مِثلًا بِمِثل كَيلًا بِكَيل»، وَفِي الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ وَزنًا بِوزن (وَإِن تَفَاضَلَا لَم يَجُز) لِتَحقُّقِ الرِّبَا (وَلَا يَجُوزُ بَيعُ الجَيِّدِ بِالرَّدِيءِ مِمَّا فِيهِ الرِّبَا إِلَّا مِثلا بِمِثل) لِإِهدَارِ التَّفَاوُتِ فِي الوَصفِ (وَلا يَجُوزُ بَيعُ الحَفنَةِ بِالحَفنَتَينِ وَالتُّفَّاحَةِ بِالتُّفَّاحَتَينِ) لِأَنَّ

وإنما قلنا: إن الجواز فيها أصلٌ؛ لأنه ﷺ قال: «**الحِنْطَةَ بالحِنْطَةِ مثلًا بمثلٍ**» فأوجب المماثلة لجواز العقد، ثم جعل الفضل بعد تلك المماثلة ربًا بقوله: «**والفضل ربا**» فكان سياق النص دليلنا. أشير إلى الكل في المبسوط[(١)].

وما احتَجَّ من قوله ﷺ: «**لا تَبِيعُوا الطَّعام**» إلى آخره - خبرٌ لا يُعرف، ولا ذكره أحد في كتاب مسند، وإنما المروي: «**الطَّعامُ بالطَّعامِ مثلًا بمثلٍ كيلًا بكيلٍ**»[(٢)] وهذا لا يتناول إلا ما يكال منه. كذا في شرح مختصر الكرخي[(٣)].

(**فلا معتبر بما ذكر**) أي: الشافعي (**وإذا ثبت هذا**) أي: ما ذكرنا أن العلة القدر والجنس عندنا، مطعومًا كان أو غيره - جاز بيع المكيل بمثله سواء كان مثلًا بمثل[(٤)].

وقوله: (**ألا ترى**) توضيح المماثلة في المعيار، فإن **قوله**: («**كيلًا بكيل**») بمنزلة التفسير **لقوله**: («**مثلًا بمثل**») إذْ كلام الشارع يفسر بعضه بعضًا.

وقوله: (**وإن تفاضلا**) على طريق التغليب؛ لأن المراد منه: وإن فضل أحدهما على الآخر؛ (**لإهدار التفاوت في الوصف**) شرعًا وعرفًا وضرورة كما بيّنا.

قوله: (**ولا يجوز**[(٥)] **بيع الحفنة بالحفنتَيْن**) أي: الخلاف لا ينحصر فيهما، بل لا يجوز عنده بيع تمرة بتمرتين، وجوزة بجوزتين، وبيضة ببيضتين، وبطيخة

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ١١٠).
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٢٦٨).
(٣) انظر: الغرر البهية (٣/ ١٨)، ومغني المحتاج (٣/ ٥٦١).
(٤) هكذا في الأصول: (ولا يجوز)، وتقدم في المتن المشروح: (ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين).
(٥) وانظر: المبسوط (١٢/ ١٩٢)، والعناية شرح الهداية (٧/ ٩).

الْمُسَاوَاةَ بِالْمِعيَارِ وَلَم يُوجَد فَلَم يَتَحقَّق الفَضلُ، وَلِهَذَا كَانَ مَضمُونا بِالقِيمَةِ عِندَ الإِتلَافِ.

وَعِندَ الشَّافِعِيِّ ﷺ: العِلَّةُ هِيَ الطَّعمُ وَلَا مَخلَصَ ـ وَهُوَ الْمُسَاوَاةُ ـ فَيَحرُمُ، وَمَا دُونَ نِصفِ الصَّاعِ فَهُوَ فِي حُكمِ الحَفنَةِ، لِأَنَّهُ لَا تَقدِيرَ فِي الشَّرعِ بِمَا دُونَهُ، وَلَو تَبَايَعَا مَكِيلا أَو مَوزُونًا غَيرَ مَطعُوم بِجِنسِهِ مُتَفَاضِلًا كَالجِصِّ وَالحَدِيدِ لَا يَجُوزُ عِندَنَا لِوُجُودِ القَدرِ وَالجِنسِ.

ببطيختين، وسفرجلة بسفرجلتين، وما أشبهها.

قوله: (وما دون نصف الصاع) لأن ما دون النصف لا تقدير فيه شرعًا، بخلاف النصف فإن الشرع ورد بالتقدير فيه كما في صدقة الفطر وغيرها.

وفي المبسوط: هذا إذا لم يدخل كل واحد من البَدَلَيْن تحت النصف، أما إذا بلغ أحدهما حد النصف، والآخر لم يبلغ أو أكثر من النصف حتى لو باع حفنة بقفيز لا يجوز.

والفقه فيه: أن سقوط قيمة الجودة في الأموال الربوية باعتبار شرط تحقق المساواة، وقد ذكرنا أن المساواة بالكيل الشرعي في المكيلات، فكانت المساواة حينئذٍ باعتبار الذات، ويظهر الفضل الخالي عند المقابلة، فيكون الواحد بالاثنين أو أكثر فيحرم، بخلاف الحفنة بالحفنتَيْن، فإن كل واحدٍ من البدلَيْن هاهنا يقابل بالآخر في البيع من غير اعتبار القفيز، وهو المُسَوِّي الشرعي، وبدون اعتباره للجودة قيمة، فلا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة، وإذا قوبلت الحفنة بالحفنتَيْن يجعل كأن الحفنة هي الجيدة تقابل بجودتها الحفنتين، كأنهما في الجودة دونها فيتساويان في القيمة، وإن لم يتساويا في الذات، فيجوز[(١)].

وفي الأسرار: ما دون الحبة من الفضة، والشعير من الذهب لا قيمة له[(٢)].

وفي جمع التفاريق قيل: لا رواية في الحفنة بالقفيز، واللُّب بالجوز، والصحيح ثبوت الربا لا يجوز عندنا[(٣)]، وبه قال أحمد[(٤)].

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ١١٩).
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٢٦٩).
(٣) انظر: تبيين الحقائق (٤/ ٩٠)، والبحر الرائق (٦/ ١٤٢).
(٤) انظر: المغني (٤/ ٧)، والشرح الكبير (٤/ ٣٢٤)، والإنصاف (١١/ ٣٧٥).

وَعِنْدَهُ: يَجُوزُ لِعَدَمِ الطَّعمِ وَالثَّمَنِيَّةِ.

في الجَصِّ في رواية، وفي الجديد باتفاق الروايات[١].

(وعنده) أي: عند الشافعي[٢]، وبه قال مالك في رواية[٣]، أما لو تبايعا وَزْنِيًّا بوَزْنِيٍّ، وهو مأكول أو مشروب، كالدهن والزيت، والرُّبِّ[٤] والخل لا يجوز إلا وزنًا بوزن عند الكل، لكن باختلاف التخريج، أما عندنا؛ فلوجود الجنس والوزن، وأما عند الشافعي[٥] وأحمد في رواية[٦] لوجود الطعم، وأما عند مالك لوجود الادِّخار[٧].

(والمعنى المضموم) وهو القدر (إليه) أي: إلى الجنس، وذلك كبيع الحنطة بالدراهم أو الثياب، والنَّساء بالمد لا غير.

فإن قيل: عدم العلة لا يدل على عدم الحكم.

قلنا: الأصل في الأشياء جواز البيع مطلقًا والإباحة، إلا أن الشرع اعتبر التحريم بوصفٍ، فإذا وجد ذلك الوصف قلنا بالتَّحريم، وبقولنا قال أحمد في رواية[٨].

وقال الشافعي[٩] ومالك: لا يحل النِّساء في بيع المطعومات بعضها ببعض سواء كان من جنس واحد أو لا، ويشترط التقابض في المجلس[١٠]، وعندهما حرمة النساء ووجوب التقابض متلازمان فيه؛ لقوله ﷺ: «**الذَّهبُ بالذّهبِ يدًا بيدٍ والدَّنَانِيرُ بِالدنَانيرِ يدًا بيدٍ والتّمرُ بالتمرِ يدًا بيدٍ والملحُ بالملحِ** [٢/١٢٣/أ]

---

(١) انظر: المغني (٤/ ٢١٥)، والشرح الكبير (٤/ ٣٢٣).
(٢) انظر: الأم (٣/ ٦٦)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ١٩١).
(٣) انظر: النوادر والزيادات (١/ ٢٢٦)، والتاج والإكليل (٤/ ٣٣٨).
(٤) الرُّبُّ: سُلافَةُ خُثارَةِ كلِّ ثَمَرَةٍ بعدَ اعْتِصارِها، وثُفْلُ السَّمْنِ. القاموس المحيط (١/ ٨٨).
(٥) انظر: كتاب الإبهاج في شرح المنهاج (٢/ ٣٢٢).
(٦) انظر: المسائل الفقهية (١/ ٣١٧)، والكافي (٢/ ٣١)، والمغني (٤/ ٦).
(٧) انظر: مناهج التحصيل (٦/ ٢٥٠)، والكافي (٢/ ٦٤٦)، والتنبيه (٢/ ٨٠٥)، وشرح التلقين (٢/ ٢٦٣).
(٨) انظر: المسائل الفقهية (١/ ٣١٧)، والمغني (٤/ ٦).
(٩) انظر: اللباب (ص: ٢٢٧)، والعزيز شرح الوجيز (٨/ ١٦٦).
(١٠) انظر: التاج والإكليل (٤/ ٣٤٥)، والذخيرة (٥/ ٢٠٠).

قَالَ: (وَإِذَا عُدِمَ الوَصفَانِ الجِنسُ وَالمَعنَى المَضمُومُ إِلَيهِ، حَلَّ التَّفَاضُلُ وَالنَّسَاءُ) لِعَدَمِ العِلَّةِ المُحَرِّمَةِ وَالأَصلُ فِيهِ الإِبَاحَةُ.

وَإِذَا وُجِدَا: حَرُمَ التَّفَاضُلُ وَالنَّسَاءُ لِوُجُودِ العِلَّةِ.

وَإِذَا وُجِدَ أَحَدُهُمَا وَعُدِمَ الآخَرُ حَلَّ التَّفَاضُلُ وَحَرُمَ النَّسَاءُ، مِثلَ أَن يُسَلِّمَ

يدًا بيدٍ».

وقوله ﷺ: «**إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم يدًا بيدٍ**»(١) وفي رواية: «**بعدَ أن يكونَ يدًا بيدٍ**»(٢)، وذلك عبارة عن القبض. كذا في كتبهم(٣).

(والأصل فيه) أي: في البيع **(الإباحة)** لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، فلا يعدل عنه إلا بالعلة الموجبة للرِّبا، ولم توجد، وأما قوله ﷺ: «**يدًا بيدٍ**» يحتمل أن يكون المراد عينًا بعين، ويحتمل أن يكون المراد قبضًا بقبض؛ لأن اليد تُذكَر ويُراد به ما يحصل باليد، والتعيين يحصل بالإشارة باليد، والقبض يحصل باليد، وإذا احتمل هذا وذاك فلا بدَّ من الترجيح، فقال الشافعي(٤) وبعض أصحابنا: المُراد به القبض؛ لبيانه في حديث ابن عمر فإنه قال في الصرف: «من يدك إلى يده، وإن استنظرك من خلف سارية فلا تنظره، وإن وثب على السطح فثبْ معه»، ولكن الأصح أن المراد به التعيين؛ لأنه لو كان المراد به القبض لقال: يد من يد؛ لأنه يقبض من يد غيره لا بيد غيره، إلا أن التعيين في النقود لا يصح إلا بالقبض؛ لأنها لا تتعين في العقود بالإشارة، فكان اشتراط القبض فيه ليتحقق التعيين المنصوص عليه، وإليه أشار في حديث عمر: «ها وها» أي هذا بهذا. كذا في المبسوط(٥).

قوله: **(وَإِذَا وُجِدَ أَحَدُهُمَا)** أي: أحد الوصفين **(حلَّ التفاضلُ وحَرُمَ النَّساءُ)** حتى لو باع عبدًا بعبدٍ إلى أجل لا يجوز؛ لوجود الجنسية، وهي بانفراده تحرم النساء.

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١١ رقم ١٥٨٧) من حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه.
(٣) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٢٠).
(٤) انظر: الأم (٣/ ٨١)، والبيان (٥/ ١٧٤).
(٥) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١١١).

هَرَوِيًّا فِي هَرَوِيٍّ أَو حِنطَة فِي شَعِير، فَحُرمَةُ رِبَا الفَضلِ بِالوَصفَينِ وَحُرمَةُ النَّسَاءِ بِأَحَدِهِمَا.

وقال مالك: لا يجوز بيع حيوان بحيوانين من جنسه يُقصَد بهما أمرٌ واحد من ذبح أو غيره، والحجة عليه ما روينا[١].

وقال الشافعي: الجنس بانفراده لا يحرم[٢].

وفي الحلية: وما عدا الذهب والفضة والمأكول والمشروب لا يحرم فيه من جهات الربا، وهي النساء والتفاضل والتفرق[٣]، حتى لو أسلم هرويًّا في هرويّ لا يجوز عندنا، ويجوز عنده، وكان مالك يقول: إن اختلفا في الصفة يجوز[٤] فكان يجعل اختلاف الجنس باختلاف الصفة، ولو أسلم هرويًّا في هرويّ جاز عندنا[٥]، وعند الشافعي وابن أبي ليلى لا يجوز[٦]؛ لأن الأصل متّحد، وهو القطن، فكأنه جعل اختلاف الجنس باختلاف الأصل[٧]، وعندنا الصنعة مختلفة، فصار اختلاف الصنعة كاختلاف الجنس.

وجه قول الشافعي: ما رُوي عن عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ «**جَهَّزَ جَيْشًا فَعَزَتِ الإبلُ، فَأَمَرَنِي بأن اشتري بَعيرًا بِبَعيرَيْن إلى أَجَلٍ**» وهذا يكون سلمًا[٨]، وعن ابن عمر أنه باع بعيرًا بأربعةٍ إلى أجل[٩]، [وعن عليٍّ أنه باع بعيرًا يقال له عصفور بعشرين بعيرًا إلى أجل][١٠] والمعنى أن التأجيل في أحد البدلَيْن يظهرُ التفاوت في أحدهما حكمًا والتفاوت حقيقة، بأن باع الواحد بالاثنين لا يؤثر في منع الجواز، فالتفاوت حكمًا أولى. كذا في المبسوط[١١].

(١) انظر: شرح مختصر خليل (٥/ ٦٨)، وحاشية العدوي (٢/ ١٧١).
(٢) انظر: العزيز شرح الوجيز (٨/ ١٦٦). (٣) انظر: حلية العلماء (٤/ ١٥٤).
(٤) انظر: المدونة (٣/ ٩٢)، والشرح الكبير (٣/ ٥٩).
(٥) هكذا في الأصول: (هرويًّا في هروي)، وفي المبسوط (١٢/ ١٢٢): (هرويًّا في مروي).
(٦) انظر: الأم (٣/ ١٠١)، والمهذب (٢/ ٧٩). (٧) انظر المبسوط: (١٢/ ١٢٢).
(٨) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ٨٤)، وفتح العزيز بشرح الوجيز (٩/ ٢٨٥).
(٩) انظر: المبسوط (١٢/ ١٢٢)، وفتح القدير (٧/ ١١).
(١٠) ما بين المعقوفين مثبت من النسخة الثانية.
(١١) انظر: المبسوط (١٢/ ١٢٢).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: الجِنسُ بِانفِرَادِهِ لَا يُحَرِّمُ النَّسَاءَ، لِأَنَّ بِالنَّقدِيَّةِ وَعَدَمِهَا لَا يَثبُتُ إلَّا شُبهَةُ الفَضلِ، وَحَقِيقَةُ الفَضلِ غَيرُ مَانِعٍ فِيهِ حَتَّى يَجُوزَ بَيعُ الوَاحِدِ بِالِاثنَينِ فَالشُّبهَةُ أَولَى.

وهذا معنى قول المصنف: (**لأن بالنقدية**) إلى آخره.

ولنا: نهيه ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة[(١)]، ولا يُحمل هذا على النسيئة من الجانبين؛ لأن ذلك مستفادٌ بِنَهيِهِ عن الكالئ بالكالئ، ولأنه ﷺ سوَّى بين الجنسية والقدر في أول الحديث.

ثم قال: «**وإذَا اختَلَفَ النَوعانِ فَبِيعوا كيف شِئتُم بعد أن يكون يَدًا بيدٍ**»[(٢)]، فهذا نفي ربِا النسيئة؛ لبقاء ما هو قرينة الجنسية، فكان ذلك تنصيصًا على ثبوت ربا النسيئة عند وجود الجنسية؛ لأنه متى ثبت المساواة بين الشيئين بالنص، ثم خُصَّ أحدهما بحكم كان ذلك تنصيصًا على ثبوت ذلك الحكم بالشيء الآخر، كالرجل يقول: سوِّ بين زيد وعمرو في العطية، ثم قال: أعطِ زيدًا درهمًا، كان ذلك تنصيصًا على أن يُعطَى عمرو أيضًا درهمًا.

وتأويل ما رُوي من الآثار أنه كان قبل نزول آية الربا، أو كان ذلك في دار الحرب، ولا يستقيم اعتبار رِبَا النَّساء بربا الفضل؛ لاتفاقنا أن ربا النساء أعمّ حتى يثبت في بيع الحنطة بالشعير بالإجماع، وإن كان لا يثبتُ في بيعها ربا الفضل، ولأن الشيء في جنسه يؤدي إلى إخلاء العقد عن الفائدة، وأن يكون الشيء الواحدُ عوضًا ومعوضًا، وإلى فضلٍ خالٍ عن العوض مثلًا لو أسلم هرويًّا في هرويّ يستلزم تسليم رأس المال في الحال، ثم إذا حلَّ الأجل يرد ذلك الثوب بعينه، والمقبوض بحكم السلم في حكم عين ما تناوله العقد، فلم يكن مفيدًا شيئًا، ويكون الثوب الواحد عوضًا ومعوضًا.

ولو أسلم هرويًّا في هرويّينِ لو جوَّزنا ذلك لكان إذا حلَّ الأجل أخذ ذلك الثوب منه بعينه وثوبًا آخر، والثوب الآخر يكون فضل مالٍ خالٍ عن العِوَض مستحق بالبيع، وهو الرِّبا بعينه. كذا في المبسوط[(٣)].

وفي المجتبى: زاد بعد قوله: «**فَبِيعُوا كَيفَ شِئتُم بعد أن يَكُونَ يدًا بيدٍ**»،

---

(١) قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) انظر: المبسوط (١٢/ ١٢٣).

وَلَنَا: أَنَّهُ مَالُ الرِّبَا مِن وَجه نَظَرًا إِلَى القَدرِ أَو الجِنسِ، وَالنَّقدِيَّةُ أَوجَبَت فَضلًا فِي المَالِيَّةِ فَتَتَحقَّقَ شُبهَةُ الرِّبَا وَهِيَ مَانِعَةٌ كَالحَقِيقَةِ، ....

وعن ابن عمر لما قال ﷺ: «**لا تبيعوا الصَّاعَ بالصاعَيْنِ** [٢/ ١٢٣/ب]، **والدِّرهمَ بالدرهمَيْن**» قام رجل فقال: يا رسول الله إنا نبيع الفرس بالأفراس، والنجيب بالنجايب، فقال ﷺ: «**لا بَأسَ بِذَلَكَ ولا خَيْرَ فيهِ نَسيئةً**»(١) فيثبت بالحديثين أن أحد الوصفين كان علة لحرمة النساء.

قوله: (**نَظَرًا إِلَى الْقَدْرِ**) أي: في الحنطة والشعير، (**أو الجنس**) أي: في الثوب الهرويّ (**وهي**) أي: شبهة الربا (**مانعة**) عن الجواز في بيع النسيئة، كالحفنة، حتى فسد البيع مجازفة؛ لاحتمال الربا، وهذا لأن كل حكم تعلق بوصفَيْن مؤثرَيْن لا يتم نصاب العلة إلا بهما فلكل واحدٍ منهما شبهة العلة، فبوجود القدر أو الجنس تثبت شبهة العلة، فتثبت بشبهة العلة شبهة الربا، وفي النساء؛ لما أن النقدية أوجبت فضلًا في المالية فتحقق شبهة الربا فيه، «**ونَهَى** ﷺ **عن الرِّبا والرِّيبَةِ**» وهي شبهة الرِّبَا، ولا يقال: إنه بعض العلة، وبعض العلة لا يُثبِت الحكم؛ لأنا نقول: هو علة تامّة لحرمة النساء كما ذكرنا، وإن كان جزءًا لعلة ربا الفضل فلا يؤدي إلى توزيع أجزاء الحكم على أجزاء العلة.

فإن قيل: في هذا إشارة إلى شبهة الشبهة؛ لأن النقدية شبهة الفضل فيما إذا كان المال مال الربا من كل وجه، كما في إسلام الحنطة في الحنطة، فإذا كان المال مال الربا من وجهٍ دون وجه يكون ما هو شبهة في الحقيقة شبهة الشبهة هاهنا، والمعتبر هي الشبهة دون النازل عنها.

قلنا: شبهة الشبهة إنما لا تعتبر في باب الحرمات؛ لكون الشبهة ملحقة بالأصل، وكون الشيء ملحقًا بغيره مما ينافي كونه أصلًا، فامتنع إلحاق غيره به، وهذا المعنى معدوم هاهنا؛ لأن حرمة شبهة الربا ثابتة بالنص المحرم قصدًا، وهو نهيه ﷺ عن الرِّبا والرَّيْبة، والرِّيبة: عبارة عن شبهة الربا لا بطريق

---

(١) أخرجه أحمد (٢/ ١٠٩ رقم ٥٨٨٥).

إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَسلَمَ النُّقُودَ فِي الزَّعفرَانِ وَنَحوِهِ يَجُوزُ، وَإِن جَمَعَهُمَا الوَزنُ لِأَنَّهُمَا لَا يَتَّفِقَانِ فِي صِفَةِ الوَزن، فَإِنَّ الزَّعفَرَانَ يُوزَنُ بِالأَمنَاءِ وَهُوَ مُثَمَّنٌ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعيِينِ، وَالنُّقُودُ تُوزَنُ بِالسَّنَجَاتِ، وَهُوَ ثَمَنٌ لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعيِينِ.

إلحاقها بالحقيقة، فأمكن إلحاق شبهة الشبهة بالشبهة هاهنا؛ لكون الشبهة أصلًا في التحريم. كذا في الفوائد الظهيرية.

وقوله: (**إلّا أنه [إذا]**[1] **أسْلَم**) استثناء من قوله: (**وإذا وجَدَ أحدهُمَا وعدم الآخر حلَّ التّفَاضل وحرّم النَّساء**)[2] فإن ذلك اللفظ بإطلاقه يتناول أن كل ما يوجد فيه أحدُ وصفي الربا من الجنس والقدر لا يجوز إسلام أحدهما بالآخر، وهاهنا يجوز إسلام النقود في الزّعفَران ونحوه، مثل: القطن والحديد مع وجود أحد الوصفَيْن، وهو الوزن، فقال: (**إنهما لا يَتّفقَان في صفة الوَزنِ**).

وفي الإيضاح: اختلف تعليل مشايخنا في ذلك على وجهين:

أحدهما: أنه إنما جاز ذلك؛ لأن الشَّرع رخَّص في السَّلَم، والأصل في رأس المال هو الدراهم والدنانير، فمتى قلنا بامتناع الجواز لوجود أحد الوصفين ينسد باب السلم في الموزونات على ما عليه الأصل والغالب، فآثر شَرعُ الرخصة في التجويز، وهذا ظاهرٌ من الفرق.

والثاني: أن الوزن في الدراهم والدنانير وسائر الموزونات وإن اتحد صورةً فقد اختلف معنًى، [فإن الوزن في الدراهم والدنانير أَخَذَ معنى][3] تعيين المُستحَق، فإن من اشترى دراهم أو دنانير موازنة لم يكن له أن يبيعه موازنة حتى يعيد الوزن، فإذا اختلف معنى الوزن من هذا الوجه نقول: إذا اتفقا في الوزن من كل وجه امتنع النَّساء؛ لشبهة الربا؛ لوجود أحد وصفَي العِلّة، فإذا وجد الاتفاق من وجه دون وجه انحَطّت الشبهة إلى شبهة الشبهة، وهي غير معتبرة، وهذا مخالفٌ لما مرَّ في الفوائد الظهيرية.

وفي المبسوط: ردَّ الوجه الأول من التعليل، ذكره في تفسير قول إبراهيم النخعي، فقال: وقوله: «لا تسلّم ما يوزِن فيما يوزَن» غير مُجرى غير ظاهره؛

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) انظر المتن ص ٢٠.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَلَو بَاعَ بِالنُّقُودِ مُوَازَنَة وَقَبَضَهَا صَحَّ التَّصَرُّفُ فِيهَا قَبلَ الوَزنِ، وَفِي الزَّعفَرَانِ وَأَشبَاهِهِ لَا يَجُوزُ، فَإِذَا اختَلَفَا فِيهِ ....

بل المراد إذا كانا متفقين بأن كانا مثمنين، كالزعفران مع القطن، فأما إذا كانا مختلفين في المعنى فذلك جائز، كما لو أسلم النقود في الزعفران مع القطن.

ثم قال: والعراقيون من مشايخنا يقولون: الجواز للحاجة؛ لأن رأس المال يكون من النقود عادة، فالحاجة تمس إلى إسلامها في الموزونات والمكيلات جميعًا، ولكن هذا كلام من يُجوّز تخصيص العلل الشرعية، ولسنا نقول به؛ بل نقول: الدراهم مع الزعفران، وإن اتفقا في الوزن صورةً، لكن اختلفا معنى وحكمًا إلى آخر ما ذكر في المتن، فيجوز إسلام أحدهما في الآخر[١].

الصَّنَجات، بالتحريك: جمع صَنْجَة، والصَّنْجَة (سنك ترازو).

صنجة الميزان: معرّبة، ولا يقال: سَنْجَة، بالسين، عن ابن السكيت[٢].

وفي المغرب: الصَّنَجات: جمع صَنْجة، بالتسكين، وعن الفراء: السين أفصح، وأنكر القُـتَبِيُّ بالسين أصلًا[٣].

(باع بالنقود) أي: باع الزعفران بالنقود، وفي بعض النسخ: (لو باع النقود [٢/١٢٤/أ] **بالعروض)**، وهكذا في الإيضاح. وكتب شيخ شيخي في حاشية كتاب المبسوط: باع بالنقود.

(يتعين) أي: الزعفران (بالتعيين) وإن كان قصده الوزن (وهو) أي: النقود (ثمن) على تأويل ما يوزن بالسَّنجات (لا يتعين بالتعيين) يعني: إذا كان الوزن بقصد التّعيين، بأن باع مَنًّا من هذا الزعفران، ثم وزن مَنًّا منه، ثم وزنه بقصد أن يُعيّنَه يتعيّن، وفي النقود لا يتعيّن بالوزن وإن وَزْنَه بقصد التعيين، فعُلِم أنهما مختلفان في صفة الوزن.

(ولو باع بالنقود موازنة) أي: بشرط الوزن، وَوَزن المشتري الثمن بغيبة البائع، ثم سلّمه إلى البائع يجوز للبائع التصرف فيه قبل أن يزنه ثانيًا، ولو باع

---

(١) انظر: المبسوط (١٢/ ١٢٠).
(٢) انظر: إصلاح المنطق (١٣٩).
(٣) المغرب في ترتيب المعرب (ص٢٧٣).

صُورَة وَمَعنى وَحُكما لَم يَجمَعهُمَا القَدرُ مِن كُلِّ وَجه، فَتَنزِلُ الشُّبهَةُ فِيهِ إِلَى شُبهَةِ الشُّبهَةِ وَهِيَ غَيرُ مُعتَبَرَة.

الزعفران بشرط الوَزنِ، فَوَزَنَه البائع في غيبة المشتري وسلَّمَه إليه ليس له أن يتصرف فيه قبل أن يزنه ثانيًا، فعُلِم أنهما مختلفان[١].

وقوله: (**صورةً ومعنًى وحكمًا**) على طريق اللفِّ والنشرِ؛ (فصورةً) يرجع إلى أن ذلك يوزن بالأَمْناء، وذا بالصَّنَجات (ومعنًى) إلى قوله: (يتعين بالتعيين (وحكمًا) إلى قوله: (لا يجوز التصرف فيها قبل الوزن).

(**فَتَنْزِلُ الشبهة فيه إلى شبهةِ الشبهةِ**) يعني: لو اتّفَقَ البدلان في الوزن من كل وجه، وهما ليسا من أموال الربا، كان في النسيئة فيهما شبهة الربا، كما لو أسلم الحديد في القطن، ولما لم يتفق هنا، وهو ما إذا أسلم النقود في الزعفران في الوزن من كل وجه، بل اختلف صورةً ومعنًى وحكمًا. كان اتفاق الوزن فيها شبهة الشبهة، وهي غير معتبرة، وينبغي أن يُعتبر؛ لما ذكرنا من السؤال والجواب من الفوائد الظهيرية[٢].

فإن قيل: لما كان شرط عدم جواز السَّلم اتحاد البدلَيْن في الوزن أو في الكيل أو في الجنس - ينبغي أن يجوز إسلام الحنطة أو الشعير في الدراهم أو الدنانير، حيث لم يجمعهما كيل ولا وزن ولا جنس، ومع ذلك لا يجوز سلمًا.

قلنا: إنما كان هكذا؛ لأن الدَّراهم أوالدنانير لا تصلح مُسْلَمًا [فيه][٣]؛ لأن المُسلَّم فيه مبيع، وهما مُعَيَّنان للثمنية، وهل يجوز بيعًا؟

قيل: إن كان بلفظ البيع يجوز البيع بثمن مؤجّل، وإن كان بلفظ السلم فقد قيل: لا يجوز.

وقال الطحاوي: ينبغي أن ينعقد بيعًا بثمن مؤجّل. كذا في الذخيرة[٤].

وفي المجتبى: ثم لا بدَّ من معرفة اتحاد الجنس واختلافه.

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٢٧٤).
(٢) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٨٦).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) انظر: تبيين الحقائق (٤/ ٨٧)، والبحر الرائق (٦/ ١٤٠)، وفتح القدير (٧/ ١٤).

قَالَ: (وَكُلُّ شَيء نَصَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى تَحرِيمِ التَّفَاضُلِ فِيهِ كَيلًا، فَهُوَ مَكِيلٌ أَبَدًا، وَإِنَّ تَرَكَ النَّاسُ الكَيلَ فِيهِ، كالحِنطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالتَّمرِ وَالمِلحِ، وَكُلُّ مَا نَصَّ عَلَى تَحرِيمِ التَّفَاضُلِ فِيهِ وَزنًا: فَهُوَ مَوزُونٌ أَبَدًا، وَإِن تَرَكَ النَّاسُ الوَزنَ فِيهِ، مِثلُ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ) ....

وفي الكفاية: اختلاف الجنس يُعرَف باختلاف[1] اسم الذات والمقصود[2]، فالحنطة والشعير جنسان عندنا[3] والشافعي[4]، وعند مالك جنس واحد حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلًا؛ لأن اسم الطعام يقع عليهما[5].

وقلنا: إنهما جنسان؛ لكونهما مختلفَيْن اسمًا ومعنًى.

وقوله: (الطَّعَامُ بِالطَّعامِ) يفسره الحديث المشهور بقوله: «**الحِنْطَةُ بِالحِنْطَةِ والشَّعِيرُ بالشَّعيرِ**»، وإيرادهما يدل على أنهما جنسان، أو اختلاف المضاف إليه والمنتسب، فالثوب الهَرَوي والمَرْوي جنسان؛ لاختلاف الصنعة، وقِوامُ الثوب بالصنعة، وكذا المَرويّ المنسوج ببغداد وخراسان جنسان، واللِّبْد الأرمني والطالقاني جنسان، والتمر كله جنس واحد، والحديد والرصاص والشَّبَهُ[6] أجناس[7]، وكذا غزل الصوف والشَّعر جنسان، ولحم البقر والجاموس، والضأن والمعز كذلك، والأَلْية واللحم وشحم البطن أجناس، ودُهْن البَنَفْسَج والخَيْريّ جنسان، والأدهانُ المختلفةُ أصولُها أجناسٌ.

وقال الشافعي: الأدهان المُطيَّبة جنس واحد حتى لا يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلةً وإن اختلفت روائحها، هذا فيما اتحد أصله[8]، وفيما اختلف

---

(١) في الأصل: (باختلاف الجنس)، وفوقها علامة حمراء كأنه شك فيها، ولم تذكر في النسخة الثانية.
(٢) انظر: المبسوط (١٢/ ١٧٨)، والبحر الرائق (٣/ ١٧٩)، وفتح القدير (٧/ ١٤).
(٣) انظر: المبسوط (٣/ ٣).
(٤) انظر: الأم (٢/ ٧٣).
(٥) انظر: التلقين في الفقه المالكي (ص٣٦٥).
(٦) الشَّبَهُ والشبهان، محركتين: النحاس الأصفر، والجمع أشباه، القاموس المحيط (١/ ١٢٤٧).
(٧) في الأصل: (اختلاس) والمثبت من النسخة الثانية.
(٨) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ١١٦).

لِأَنَّ النَّصَّ أَقوَى مِن العُرفِ وَالأَقوَى لَا يُترَكُ بِالأَدنَى (وَمَا لَم يَنُصَّ عَلَيهِ فَهُوَ مَحمُولٌ عَلَى عَادَاتِ النَّاسِ) لِأَنَّهَا دَلَالَةٌ.

أصله له قولان، ويجوز بيع قفيز سمسم مَربا بقفيزي غير مُربا، وجُعِل فضل هذا بِطِيب ذاك، ولا يجوز بيع رطل من زيتٍ غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيَّب؛ لأن الطيب زيادة[١].

قوله: (مكيلًا): حتى لا يجوز بيعه وزنًا وإن تماثلا أبدًا، وبه قال الشافعي[٢]، مالك[٣] وأحمد[٤]، اتفقت الروايات عن أصحابنا أن ما ثبت بالنص لا يجوز بيعه بجنسه وزنًا، وإن تماثلا كيلًا يجوز. كذا في الذخيرة[٥].

(لأن النص أقوى) وذلك لأن العُرْف يحتمل أن يكون على الباطل؛ لتعارف أهل زماننا بإخراج السُّرُج والشموع إلى المقابر في ليالي أيام العيد.

وأما النص بعد ثبوته فلا يحتمل أن يكون على الباطل، ولأن العُرْف حُجَّة على الذين تعارفوا، وأما النص فَحُجَّةٌ على الكل، ولأن العُرْف حُجّة بالنص، وهو قوله عليه السلام: **«ومَا رآهُ المُسْلِمُون حَسَنًا فهوَ عندَ اللهِ حسنٌ»**[٦].

وفي المجتبى: وثبت بهذا أن ما يعتاده أهل خوارزم من بيع الحنطة الربيعيّة بالخريفيّة موزونًا متساويًا، أو متفاضلًا، أو نسيئة لا يجوز[٧].

(دلالة) أي: العادة دلالة على جواز الحكم فيما وقعت عليه العادة؛

---

(١) انظر: حاشية الجمل (٣/ ٥٤).
(٢) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ١٠٦)، والمهذب (٢/ ٣٦)، وتكملة المجموع (١١/ ٩٠).
(٣) انظر: المدونة (٣/ ١٤)، والكافي (٢/ ٦٤٧)، وبداية المجتهد (٣/ ١٥٠).
(٤) انظر: الكافي (٢/ ٣١)، والمغني (٤/ ١٦٥)، وعمدة الفقه (ص٥٤)، والشرح الكبير (٤/ ١٤٧).
(٥) انظر: المحيط البرهاني (٦/ ٣٥٤).
(٦) أخرجه أحمد (١/ ٣٧٩ رقم ٣٦٠٠)، والبزار (٥/ ٢١٢ رقم ١٨١٦) من قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.
قال الهيثمي: رواه أحمد، والبزار، والطبراني في الكبير، ورجاله موثقون. مجمع الزوائد (١/ ١٧٧)، وقال ابن حجر: أخرجه أحمد موقوفًا على ابن مسعود بإسناد حسن. الدراية (٢/ ١٨٧).
(٧) انظر: فتح القدير (٧/ ١٥)، وتبيين الحقائق (٤/ ٨٨).

....

لقوله ﷺ: «لا تَجْتَمِع أُمَّتِي على الضَّلالَةِ»[١] [٢/ ١٢٤/ب] وهو دخول الحمام وشرب ماء السِّقاية، ولأن العُرْف بمنزلة الإجماع عند عدم النص، وعند الشافعي ما كان مكيلًا على عهد رسول الله ﷺ فالمُعتبر فيه الكيل، وما كان موزونًا على عهده ﷺ فالمُعتبر فيه الوزن، وما كان مستخرجًا من أصل فهو مُلحقٌ بأصله؛ لأنه تبعٌ له، وما لم يكن على عهده ﷺ، أو لم يُعرف أنه في عهده ﷺ كيف كان، فالمرجع فيه إلى العُرْف؛ لما رُوي أنه ﷺ قال: «المِكْيَالُ مِكْيَالُ المَدينةِ والمِيزَانُ مِيزانِ مَكّةَ»[٢].

وما لم يكن فيه عُرْفٌ بالحجاز ـ وليس يوجد ذلك إلا بالحجاز ـ فإن كان أكبر جِرْمًا من التمر [فلا يباع إلا وزنًا؛ لأنه لم يُعهَد الكيل بالحجاز فيما هو أكبر من التمر][٣] ولأنه يتجافى في المكيال ويكثُر التفاوت.

وإن كان مثل التمر أو أصغر اختلف الأصحاب على طرق[٤]: قال بعضهم: يعتبر التساوي بالكيل؛ لأنه أعمّ المعيارَيْن، فإن أربعة أشياء من الستة التي هي الأصول في الرِّبا مكيلات[٥].

---

(١) أخرجه الترمذي (٤/ ٣٦ رقم ٢١٦٧)، والحاكم (١/ ١١٥ رقم ٣٩٤) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.
قال الترمذي: هذا حديث غريب من هذا الوجه، وقال الحاكم: فقد استقر الخلاف في إسناد هذا الحديث على المعتمر بن سليمان، وهو أحد أركان الحديث من سبعة أوجه لا يسعنا أن نحكم أن كلها محمولة على الخطإ بحكم الصواب لقول من قال: (عن المعتمر، عن سليمان بن سفيان المدني، عن عبد الله بن دينار). ونحن إذا قلنا هذا القول نسبنا الراوي إلى الجهالة فوهنا به الحديث، ولكنا نقول: إن المعتمر بن سليمان أحد أئمة الحديث، وقد روي عنه هذا الحديث بأسانيد يصح بمثلها الحديث فلا بد من أن يكون له أصل بأحد هذه الأسانيد، ثم وجدنا للحديث شواهد من غير حديث المعتمر لا أدعي صحتها ولا أحكم بتوهينها بل يلزمني ذكرها لإجماع أهل السنة على هذه القاعدة من قواعد الإسلام، وقال ابن حجر: فيه سليمان بن شعبان المدني، وهو ضعيف وأخرج الحاكم له شواهد. «تلخيص الحبير» (٣/ ٢٩٩).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٤٣ رقم ٣٣٤٠)، والنسائي (٥/ ٥٤ رقم ٢٥٢٠) وابن حبان (٨/ ٧٧ رقم ٣٢٨٣) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.
قال ابن الملقن: هذا الحديث صحيح. البدر المنير (٥/ ٥٦٢).

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٤) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ١٠٦)، وفتح العزيز بسرح الوجيز (٨/ ١٦٧).

(٥) انظر: كفاية النبيه في شرح التنبيه (٩/ ١٤٩).

وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يُعتَبَرُ العُرفُ عَلَى خِلَافِ المَنصُوصِ عَلَيهِ أَيضا(*)، لِأَنَّ النَّصَّ عَلَى ذَلِكَ لِمَكَانِ العَادَةِ فَكَانَت هِيَ المَنظُورُ إِلَيهَا وَقَد تَبَدَّلَت، فَعَلَى هَذَا، لَو بَاعَ الحِنطَةَ بِجِنسِهَا مُتَسَاوِيًا وَزنا، أَو الذَّهَبَ بِجِنسِهِ مُتَمَاثِلًا كَيلًا، لَا يَجُوزُ عِندَهُمَا، وَإِن تَعَارَفُوا ذَلِكَ لِتَوَهُّمِ الفَضلِ عَلَى مَا هُوَ المِعيَارُ فِيهِ، كَمَا إِذَا بَاعَ مُجَازَفَة، إِلَّا أَنَّهُ يَجُوزُ الإِسلَامُ فِي الحِنطَةِ وَنَحوِهَا وَزنًا لِوُجُودِ الإِسلَامِ فِي مَعلُوم.

وقال بعضهم: يعتبر التساوي بالوزن؛ لأنه أدق المعيارَيْن[١].

وقال بعضهم: يُردُّ إلى أقرب الأشياء شَبهًا به[٢] بالحجاز، كما يرد الصيد الذي لم يحكم فيه الصحابة بحكم إلى أقرب الأشياء شبهًا به. كذا في تَتمَّتهم[٣].

وجوابنا عن حديثه أن ذلك في نصاب الزكاة والكفارات؛ لأن الأمة أجمعت على خلاف ذلك في البياعات.

(لأن النص على ذلك) أي: تنصيص النبي عليه السلام على الكيل والوزن، **(لمكان العادة، فكانت هي)** أي: العادة **(المنظورَ إليها، وقد تبدلتْ)** أي: العادة.

وقلنا: تقرير رسول الله ﷺ إياهم على ما تعارفوا في ذلك الشيء بمنزلة النص منه، فلا يتغير بالعُرف؛ لأن العُرْف لا يُعارض النص كما بيّنا. كذا في المبسوط[٤].

(عندهما) أي عند أبي حنيفة ومحمد[٥] **(لتوهم الفضل)** لأنه لا يعرف المساواة فيما هو المعيار شرعًا، وهو الكيل، فلم يجز **(كما إذا باع مجازفة)**.

وقوله: (إلا أنه) استثناء على قولهما، فإنه على قولهما يلزم ألا يجوز السَّلم فيها وزنًا؛ لعدم المُسَوِّي[٦]، وهو الكيل، ولكن يجوز باعتبار أن شرط الإسلام

(*) الراجح: قول أبي يوسف.
(١) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ١٠٦).
(٢) انظر: فتح العزيز بشرح الوجيز (٨/ ١٦٨)، وتكملة المجموع (١٠/ ١٩٠).
(٣) انظر: فتح العزيز بشرح الوجيز (٨/ ١٦٨). (٤) انظر: انظر: المبسوط (١٢/ ١٤٢).
(٥) انظر: العناية (٧/ ١٦)، والجوهرة النيرة (١/ ٢١٣)، وفتح القدير (٧/ ١٦).
(٦) في الأصل: (المستوي) والمثبت من النسخة الثانية.

....

كون الشيء معلومًا؛ لأن الحنطة وزنيٌّ، وجواز السَّلم فيها وزنًا على اختيار الطحاوي، وذلك أن المماثلة في المُسَلَّم فيه لا يشترط؛ لجواز السَّلم، وإنما يعتبر الإعلام على وجه لا يبقى بينهما نزاع في التسليم، وذا يحصل بذكر الوزن كما يحصل بذكر الكيل[١]، وروى الحسن عن أصحابنا أنه لا يجوز؛ لأنها مكيل بالنص، والفتوى على عادة الناس[٢]. كذا في الكافي[٣].

وفي المبسوط: لا خير في بيع الحنطة بالحنطة مجازفة؛ لأن المساواة في القَدِر شرط[٤].

وقال مالك: يجوز بيع الطعام بالطعام بالحَزْر والتخمين في البادية؛ لتعذر الكيل، كما في العَرايا[٥].

وقلنا: التعذّر غير مسَلَّم؛ لأنه لا يتعذر في البادية الجَفْنة أو القَصْعة، وليس الشرط الكيل بالصاع، كذا في تَتِمّتهم.

ولو تبايعا مجازفة، ثم كِيلَتَا بعد ذلك فكانتا متساويتين لم يجز أيضًا عندنا[٦]، وبه قال الشافعي[٧] وعند زفر يجوز[٨]؛ لأن شرط الجواز ـ وهو المماثلة ـ تُبيّن أنه كان عند العقد، وإن لم يكن معلومًا للمتعاقدين.

وقلنا: العلم بالمساواة عند العقد شرط للجواز؛ لأنه إذا لم يعلم ذلك كان الفضل معدومًا موهومًا، وما هو موهوم الوجود يجعل كالمُتحقَّق فيما بُنِي أمره على الاحتياط، وكذا لا يجوز بيع الحنطة بالحنطة وزنًا؛ لأن الحنطة مكيلة، فكان الشرط المماثلة في الكيل، وبالمساواة في الوزن لا يُعلم المساواة في

(١) انظر: انظر: المبسوط (١٢/ ١٩١)، وتبيين الحقائق (١٤/ ١١١)، وفتاوى قاضي خان (٢/ ٥٩).
(٢) انظر: تبيين الحقائق (٤/ ١١١)، وفتاوى قاضي خان (٢/ ٥٩).
(٣) انظر: فتح القدير (٧/ ١٦).
(٤) انظر: انظر: المبسوط (١٢/ ١٩١).
(٥) انظر: المدونة (٣/ ٧٥)، والمقدمات الممهدات (٢/ ٣٧).
(٦) انظر: العناية (٩/ ٣٣٨)، والجوهرة النيرة (١/ ٢١٢)، والبناية (١١/ ٢١٦).
(٧) انظر: نهاية المطلب (٥/ ١٨٩)، وكفاية النبيه (٨/ ٤٤٥).
(٨) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ١٤١)، ومجمع الأنهر (٢/ ٢١٦).

قَالَ: (وَكُلُّ مَا يُنسَبُ إِلَى الرَّطلِ فَهُوَ وَزنِيٌّ) مَعنَاهُ: مَا يُبَاعُ بِالأَوَاقِي، لِأَنَّهَا

الكيل، وهذا بخلاف ما لو أسلم فيها وزنًا حيث يجوز على اختيار الطحاوي؛ إذِ الشرط في السَّلم الإعلام لا المساواة[١]، وفي التتمة: فيه روايتان[٢].

وفي المجتبى: لو باع تمرًا بتمر وزنًا، والكيل متفاوت فيه قولان.

وفي جمع التفاريق: رُوِي عنهما جواز السَّلَم وزنًا في المكيلات[٣]، وكذا عن أبي يوسف في الموزونات كيلًا أنه يجوز، وكذا أطلقه الطحاوي[٤]، وفي العكس، وعن محمد: التمر وزنًا لا يجوز[٥].

فإن قيل: ما الفرق بين الوزنيّ نصًّا وبين الوزني عادة في مُتَّحِدَي الجنس، كما في إنائين مصوَّغين من الحديد أو الشَّبَهِ، وإنائين مصوَّغين من ذهب أو فضة؟

قلنا: الفرق أن البيع مع الفضل وزنًا يجوز في الأول دون الثاني، فإنه ذكر في المبسوط: ولا بأس ببيع إناء مصوغ بإناء مصوغ من جنسه وإن كان أكثر منه في الوزن، إذا كان ذلك الإناء لا يباع وزنًا لأنه عددي متقارب كالثياب، بخلاف أواني الذهب والفضة فإنه يجري فيها ربا الفضل وإن كان لا يباع وزنًا عادة؛ لأن الوزن فيهما منصوصة عليها فلا يتغير ذلك بالصنعة؛ لأن العادة لا تعارض النص، وأما في الحديد ونحوه فصفة الوزن ثابتة بالعُرف، وبِتعارُفِ الناس بيعَ المصنوع منه عددًا[٦].

قوله: (وَكُلُّ مَا يُنْسَبُ إِلَى [٢/ ١٢٥/ أ] **الرَّطْلِ)** إلى آخره، يعني: كل ما تجري فيه الأرطال والأَمْناء فهو وَزْنيّ، وما يجرى فيه الكيل فهو كَيْليّ.

وحُكِي عن أبي جعفر الهندواني أنه قال: هذا تفسير ما ذُكِر في بيوع الأصل كل شيءٍ يقع تحت كيل الرجل فهو وزنيّ، مثل الأُوقِيَّة في الدُّهن ونحوه، حتى

---

(١) انظر: انظر: المبسوط (١٢/ ١٩١)، وتبيين الحقائق (٤/ ١١١)، وفتاوى قاضي خان (٢/ ٥٩).
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٢٧٦).
(٣) انظر: فتح القدير (٧/ ١٦).
(٤) انظر: فتح القدير (٧/ ١٦).
(٥) انظر: المحيط البرهاني (٦/ ٣٥٤)، وفتح القدير (٧/ ١٦).
(٦) انظر: انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٨٣).

قُدِّرَت بِطَرِيقِ الوَزنِ حَتَّى يُحتَسَبُ مَا يُبَاعُ بِهَا وَزنًا، بِخِلَافِ سَائِرِ المَكَايِيلِ، وَإِذَا كَانَ مَوزُونًا، فَلَو بِيعَ بِمِكيَال لَا يُعرَفُ وَزنُهُ بِمِكيَال مِثلِهِ لَا يَجُوزُ لِتَوَهُّمِ الفَضلِ فِي الوَزنِ بِمَنزِلَةِ المُجَازَفَةِ.

قَالَ: (وَعَقدُ الصَّرفِ مَا وَقَعَ عَلَى جِنسِ الأَثمَانِ يُعتَبَرُ فِيهِ قَبضُ عِوَضَيهِ فِي المَجلِسِ) لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «وَالفِضَّةُ بِالفِضَّةِ هَاءَ وَهَاءَ» مَعنَاهُ يَدًا بِيَد، وَسَنُبَيِّنُ الفِقهَ فِي الصَّرفِ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

يجري فيه الرِّبا بعلة الوزن، ولا يجوز إسلامها في الموزونات؛ فإن الأوقية ونحوها اتُّخِذَتْ في الأدهان للتيسير، فإنّ في وزن كل قَدْر بالأَمْناء والسَّنَجات منها بعضَ الحرج؛ لأنه لا يتمسك إلا في وِعاءٍ[1]، وفي وزنِ كلِّ وعاءٍ حرجٌ. كذا ذكره الإمام المحبوبي، والإمام السرخسي في مبسوطه[2].

وقال الإمام الإسْبيجابي: وفائدة هذا أنه لو باع ما ينسب إلى الرطل بجنسه متفاضلًا في الكيل، متساويًا في الوزن يجوز[3].

وقوله: (بخلاف سائر المكاييل) متصل بقوله: **(لأنها قُدِّرت بطريق الوزن).**

والرِّطْل، بالفتح والكسرِ نصف مَنٍّ، وقال أبو عُبَيد: وزن الرطل: مائة درهم وثمانية وعشرون درهمًا وزنُ سبعة[4].

والأُوقِيَّةُ، بالتشديد: أربعون درهمًا، وهي أُفْعُولَةٌ من [الوقاية][5]؛ لأنها تَقِي صاحبَها من الضُّرِّ.

وعند الأطباء الأوقية: وزن عشرة مثاقيل، وخمسة أسباع درهم، وهو إِسْتارٌ وثُلُثا إِسْتارٍ، وفي كتاب العين الأوقيّة: وزن من أوزان الدهن، وهي سبعة مثاقيل. كذا في المغرب[6].

---

(١) في الأصل: (إلا شيوعًا)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٧٣).
(٣) انظر: تبيين الحقائق (٤/ ٨٩)، والبحر الرائق (٦/ ١٤١).
(٤) انظر: المغرب في ترتيب المعرب (١٩٠).
(٥) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٦) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (٤٩٣).

قَالَ: (وَمَا سِوَاهُ مِمَّا فِيهِ الرِّبَا يُعتَبَرُ فِيهِ التَّعيِينُ، وَلَا يُعتَبَرُ فِيهِ التَّقَابُضُ)، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ فِي بَيعِ الطَّعَامِ.

لَهُ: قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي الحَدِيثِ المَعرُوفِ: «يَدًا بِيَد» وَلِأَنَّهُ إذَا لَم يُقبَض فِي المَجلِسِ ....

وفي الصِّحاح: الأوقيّة في الحديث: أربعون درهمًا[١].

[«هاءً وهاء» بمعنى: هذا، أي: كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه: هاء، أي: خذ، فيتقابضان، والقصر خطأ][٢]. كذا في المغرب[٣].

قوله: (وما سِوَاه) أي: ما سوى جنس الأثمان **(يُعتَبَر فيهِ التَعيِين)** لا التقابض في المجلس، وقال الشافعي[٤] ومالك: يشترط التقابض في المجلس[٥] **(في بَيعِ الطَّعامِ)** أي: كل مطعوم سواء اختلف الجنس أو اتحد.

(يدًا بيدٍ) والمراد القبض باليد؛ لأنها آلته، ولأن التأخير كزيادة إلى أحد العوضين، يعني: تعاقب القبض تلزم مزيَّة المقبوض على غيره؛ إذْ ينتفع بمقبوض بلا واسطة، فتتحقق شُبهة الربا، وشبهته مانعة كالحقيقة كما في الحالِّ والمؤجل، ولأنه المراد في النقدين فكذا في غيرهما.

ومعنى قوله: «**يدًا بيدٍ، عينًا بعينٍ**» لما ذكرنا أنه يحصل هذا وذاك، والحمل على التعيين أولى برواية ابن الصامت، وبما ذكرنا من المعنى.

فإن قيل: إنكم قلتم على اشتراط القبض في البدلَيْن في بيع الصرف بقوله ﷺ: «**يدًا بيدٍ**» ثم تستدلون بهذا اللفظ بعينه على اشتراط التعيين في بيع الطعام، واللفظ الواحد لم يُفد حكمين مختلفين إلا بطريق تعميم المشترك في الإثبات، أو بطريق الجمع بين الحقيقة والمجاز.

قلنا: لم يختلف حُكمِه، بل المراد في كلتا الصورتين التعيينُ، إلا أن تعيين

---

(١) انظر الصحاح: (٦/ ٢٥٢٧).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) المغرب في ترتيب المعرب (٤٩٩).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٣/ ٥٦٣)، والتهذيب (٣/ ٣٤٠).

(٥) انظر: عقد الجواهر (٢/ ٦٢٩)، وبداية المجتهد (٣/ ١٥٤).

....

كل موضع يختلف بحسب حاله، ففي الدراهم والدنانير التعيين لا يكون إلا بالقبض؛ إذْ هما لا يتعينان في العقود والفسوخ، فكان القبض هناك من ضرورة وُجوب التعيين، لا أن يكون القبضُ مرادًا، أما الطعام فمما يتعين بالتعيين ثمنًا كان أو مثمنًا، فلم يحتج في تعيينه إلى القبض، هذا الجواب على أصلِنا، أما على أصل الشافعي لا يستقيم؛ فإن عنده تتعين الدراهم والدنانير، فلم يكن القبض من ضرورته.

فإن قيل: كونه مما يتعيّن بالتعيين لا يسقط اشتراط التقابض، كما في بيع إناء فضة بإناء فضة أو بإناء ذهب، حيث يُشترَط فيهما التقابض، مع أنهما مما يتعيّن بالتعيين، على ما يجيء في الصرف.

قلنا: أُلحِق الإناء أن مما يتعين بالتعيين بسبب الصنعة؛ لكن لم يسقط عنها شُبهة عدم التعيين لكونهما ثمنًا خلقة، فيشترط القبض اعتبارًا للشُّبهة في الرِّبا، بخلاف الطعام؛ فإنه ما خُلق للثمنية، فلا يكون فيه شبهة عدم التعيين، فلما تعين بالتعيين أغنانا عن التقابض. إليه أشير في المبسوط[1] حيث قال: بخلاف الصرف؛ فإن هناك لا يُشترط القبض الذي هو حُكم العقد، وإنما يَشترط التعيين؛ لأن التعيين شرط العقد، بدليل نهيه[2] ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ، والنقود لا تتعين بالعقد، فكان اشتراط القبض للتعيين.

فإن قيل: المراد من قوله: «**يدًا بيدٍ**» القبضُ؛ لأنه رُوي في بعض الروايات: «**عينًا بعينٍ**» فلو كان المراد به عينًا بعين يصير تكرارًا، وحَمْلُ كل لفظٍ على فائدة جليلة[3] أولى.

فإن قيل: هذه الرواية تفسيرٌ للمجمل؛ كما ذكرنا أن قوله: «**يدًا بيدٍ**» يحتمل معنَيَينِ؛ إذْ لو كان المرادُ منه القبضَ لم يبقَ لقوله: «**عينًا بعينٍ**» فائدة؛ لأنه يحصل بالقبض ضرورةً، فعُلم أن قوله: «**عينًا بعين**» تفسيرٌ لقوله: «**يدًا بيد**».

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/١٩٨).
(٢) في الأصل: (قوله)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) في النسخة الثانية: (جديدة).

فَيَتَعَاقَبُ القَبضُ وَلِلنَّقدِ مَزِيَّةٌ فَتَثبُتُ شُبهَةُ الرِّبَا.

وَلَنَا: أَنَّهُ مَبِيعٌ مُتَعَيَّنٌ فَلَا يُشتَرَطُ فِيهِ القَبضُ كَالثَّوبِ، وَهَذَا لِأَنَّ الفَائِدَةَ المَطلُوبَةَ إِنَّمَا هُوَ التَّمَكُّنُ مِن التَّصَرُّفِ وَيَتَرَتَّبُ ذَلِكَ عَلَى التَّعيِينِ، بِخِلَافِ الصَّرفِ، لِأَنَّ القَبضَ فِيهِ لِيَتَعَيَّنَ بِهِ؛ وَمَعنَى قَولِهِ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «يَدا بِيَد»: عَينا بِعَين، وَكَذَا رَوَاهُ عُبَادَةُ ابنُ الصَّامِتِ ﷺ، وَتَعَاقُبُ القَبضِ لَا يُعتَبَرُ تَفَاوُتًا فِي المَالِ عُرفًا، بِخِلَافِ النَّقدِ وَالمُؤَجَّلِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيعُ البَيضَةِ بِالبَيضَتَينِ وَالتَّمرَةِ بِالتَّمرَتَينِ وَالجَوزَةِ بِالجَوزَتَينِ) لِانعِدَامِ المِعيَارِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا.

وقوله: (وتعاقُبُ القبضِ) جوابٌ عن **قوله: (يتعاقب القبض)**.

(عُرفًا) فإن التجار لا يفصلون بين المقبوض وغيره بعد أن يكون حالًّا، فلم يتحقق فضل أحدهما فيجوز، بخلاف الحالّ والمؤجل، واشتراط القبض [٢/ ١٢٥/ب] في الصرف للتعيين كما ذكرنا لا لنفسه، وغير النقود يتعين بالتعيين فلا حاجة إلى القبض [كذا في الكافي][(١)].

قوله: (لانعدام المعيار) وهو الكيل، يعني: حكم النص وجوب التساوي بين البدلين، فلا يشرع إلا في محلٍّ قابل له، وهذا المحل لا يقبله فلم يُشترط التساوي فيه، فبقي على الأصل وهو الإباحة.

وقال الإمام التمرتاشي: هذا إذا كان البدلان نقدين، أما لو كان كلاهما أو أحدهما نسيئة لا يجوز؛ لأن الجنس بانفراده يحرِّم النساء.

فإن قيل: الجوز والبيض جعلا أمثالًا في ضمان المستهلكات، فينبغي ألا يجوز بيع الواحد بالاثنين؛ لشُبهة الرِّبا.

قلنا: لا مماثلة بينهما حقيقة؛ للتفاوت صغرًا وكبرًا، إلا أن الناس اصطلحوا على إهدار التفاوت في حق ضمان العدوان، فيعمل ذلك في حقهم دون الرِّبا الذي هو حق الشرع. كذا في الذخيرة[(٢)].

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) انظر: المحيط البرهاني (٦/ ٣٥٧).

وَالشَّافِعِيُّ يُخَالِفُنَا فِيهِ لِوُجُودِ الطَّعمِ عَلَى مَا مَرَّ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيعُ الفَلسِ بِالفَلسَينِ بِأَعيَانِهِمَا) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَجُوزُ(*)، لِأَنَّ الثَّمَنِيَّةَ تَثبُتُ بِاصطِلَاحِ الكُلِّ فَلَا تَبطُلُ بِاصطِلَاحِهِمَا، وَإِذَا بَقِيَت أَثمَانًا لَا تَتَعَيَّنُ، فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَا بِغَيرِ أَعيَانِهِمَا وَكَبَيعِ الدِّرهَمِ بِالدِّرهَمَينِ.

قوله: (**بِأَعْيَانِهِمَا**) احترز به عمَّا إذا باع بغير عين أحدهما أو كليهما فإنه لا يجوز بالاتفاق[1]؛ لأن غير المعين إن كان كِلا البدلَيْن يلزم الكالئ بالكالئ، وإن كان أحدهما يلزم النساء، والجنس بانفراده يحرِّم النساء.

وقال محمد: لا يجوز[2]، وبه قال الشافعي في وجه[3] كما لو باع الدرهم بالدرهمين؛ لأن الفلوس الرابحة ثمن باصطلاح[4] الكل، حتى لا تتعين بالتعيين في العقود كالنقدَيْن.

ألا ترى أنهما لو قوبلت بخلاف جنسها لا تتعين، حتى لو اشترى بفلوس معينةٍ شيئًا فهكلت قبل التسليم لا يبطل العقد، ولو استبدل بها صح، فكذا إذا قوبلت بجنسها؛ لاستواء الجنس وغير الجنس فيما يتعين بالتعيين كالمكيل، وفيما لا يتعين بالتعيين كالذهب والفضة والثمنية باصطلاح [الكل، فكيف يبطل باصطلاحهما، وفيه فسخ الإجماع بالآحاد، بخلاف ما إذا كسدت باصطلاح][5] الناس فإنه لا يصير ثمنًا باصطلاحهما؛ لأنه خلاف العُرف والشرع وخلاف وضعهما؛ لأنها في الأصل من العروض، والدليل على أن الثّمنية بالاصطلاح أن الفلوس ثمن الخسيس دون النفيس، وأنها تروج في بعض الأوقات دون البعض بخلاف الذهب والفضة.

(*) **الراجح: قول محمد.**

(١) في النسخة الثانية: (بالاتفاق في الأصح).

(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٢١)، البناية شرح الهداية (٨/ ٢٨٠).

(٣) انظر: الوسيط في المذهب (٣/ ١٥١)، والبيان (٥/ ١٧١)، وفتح العزيز (٩/ ٢٠٩).

(٤) في الأصل: (بإصلاح) والمثبت من النسخة الثانية.

(٥) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَلَهُمَا: أَنَّ الثَّمَنِيَّةَ فِي حَقِّهِمَا تَثْبُتُ بِاصطِلَاحِهِمَا، إِذْ لَا وِلَايَةَ لِلغَيرِ عَلَيهِمَا فَتَبطُلُ بِاصطِلَاحِهِمَا وَإِذَا بَطَلَت الثَّمَنِيَّةُ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعيِينِ، وَلَا يَعُودُ وَزنِيًّا لِبَقَاءِ الِاصطِلَاحِ عَلَى العَدِّ، إِذ فِي نَقضِهِ فِي حَقِّ العَدِّ فَسَادُ العَقدِ، فَصَارَ كَالجَوزَةِ بِالجَوزَتَينِ، بِخِلَافِ النُّقُودِ، لِأَنَّهَا لِلثَّمَنِيَّةِ خِلقَةٌ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَا بِغَيرِ أَعيَانِهِمَا، لِأَنَّهُ كَالِئٌ بِالكَالِئِ، وَقَد نُهِيَ عَنهُ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا بِغَيرِ عَينِهِ، لِأَنَّ الجِنسَ بِانفِرَادِهِ يُحَرِّمُ النَّسَاءَ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ بَيعُ الحِنطَةِ بِالدَّقِيقِ وَلَا بِالسَّوِيقِ) ....

(ولهما) أي: لأبي حنيفة ومحمد[١]، وبه قال الشافعي في الأصحِّ[٢] ومالك[٣] فيبطل باصطلاحهما تصحيحًا لتصرفهما.

وقوله: **(ولا يعود وزنيًّا)** جواب لإشكال ذكره في المبسوط فقال: فإن قيل: تحت هذا الكلام فسادٌ عظيم، فإنه إذا خرج عن أن يكون ثمنًا في حقهما كان هذا بيع قطعة صُفْر[٤] بقطعتَيْن، وذلك لا يجوز في الوزنيّ مجازفة، فلم يكن في إبطال وصف الثّمنية تصحيح هذا العقد[٥].

قلنا: الاصطلاح في الفلوس كان على صفة الثّمنية والعد، وهما أعرضا في هذه المبايعة عن اعتبار صفة الثمنية، وما أعرضا عن اعتبار صفة العد فيها، وليس من ضرورة خروجها من أن تكون ثمنًا في حقهما، خروجُها من أن تكون عدديًّا، كالجوز والبيض، فإنه عددي وليس بثمن.

الكالئ: مِنْ كَلَأَ الدَّيْنُ: تأخَّرَ، كَلْئًا، فهو كالئ.

قوله: **(وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْحِنْطَةِ بِالدَّقِيقِ وَلَا بِالسَّوِيقِ)** لا متساويًا ولا متفاضلًا، ولا بالكيل وغيره؛ لعدم إمكان المماثلة بينهما، وفي بيع أحدهما

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٢١)، والبناية شرح الهداية (٨/ ٢٨٠).
(٢) انظر: الوسيط في المذهب (٣/ ١٥١)، والبيان (٥/ ١٧١)، وفتح العزيز (٩/ ٢٠٩).
(٣) انظر: المدونة (٣/ ٣٧٦)، والبيان والتحصيل (٧/ ١٢٩).
(٤) في الأصل: (سفر)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٥) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٨٤).

....

بالآخر شبهة المجانسة، فيكون فيه شبهة الفضل، وبه قال الشافعي[(١)] والثوري[(٢)] وأحمد[(٣)] في رواية، ونُقِل عن الشافعي أنه يُجوِّز بيع الحنطة بالدقيق متساويًا، وليس يثبتُ[(٤)]، وبه قال مالك[(٥)] وأحمد[(٦)] في أظهر الروايتين إلا أن مالكًا يعتبر الكيل، وأحمد يُجوِّز بالوزن، فقالا: الدّقِيق نفس الحنطة إلا أن أجزاءها قد تفرقت، فأشبه بيع حنطة صغيرة الحبَّات بحنطة كبيرة الحبات.

وكذا الخلاف في بيع الحنطة بالنخالة؛ لأن المجانسة باقية من وجه؛ لأن بالطحن لم يوجد إلا تفريق الأجزاء، والمجتمع بالتفريق لا يصيرُ شيئًا آخر؛ ولهذا حرمة رِبَا الفضل بين الدقيق والحنطة زائلة من وجه؛ لأن اختلاف المجانسة إنما يثبت باختلاف الاسم والصورة واختلاف المعاني كما بين الحنطة والشعير.

وهاهنا إن نظرنا إلى الاسم فالاسم قد زال؛ لأنه لا يسمى حنطة؛ ولهذا قالوا: مَن وكَّل رجلًا بشراء حنطة له فاشترى له دقيقًا لا يجوز، والصورة متبدّلة، والمعاني مختلفة؛ فإن ما ينبغي من الحنطة لا ينبغي من الدقيق من التبذير واتخاذه هريسة وسويقًا، والمجانسة زالت من وجه وبقيت من وجه، وربا الفضل بين الحنطة والحنطة كان ثابتًا قبل الطحن، لكنه زال بالطحن، فمن حيث إن المجانسة ثابتة من وجه لا يزول، ومن حيث إن المجانسة قد زالت يزول، والحرمة كانت ثابتة فلا تزول بالشك.

وإذا ثبت الربا بينهما لم يثبت المخلِّص بالتساوي كيلًا في هذه الحالة؛ لأن

---

(١) انظر: الإقناع (ص: ٩٥)، ونهاية المطلب (٥/ ٧٣)، وفتح العزيز (٨/ ١٨٠).
(٢) انظر: المغني (٤/ ١٥٢).
(٣) انظر: المسائل الفقهية (١/ ٣٢٠)، والمغني (٤/ ١٥٢).
(٤) انظر: فتح العزيز بشرح الوجيز (٨/ ١٨٠)، وروضة الطالبين (٣/ ٥٦).
(٥) انظر: الكافي (٢/ ٦٥١)، والذخيرة (٥/ ٢٨٢)، والتفريع في فقه الإمام مالك (ص: ٦٦)، والإشراف على نكت مسائل الخلاف (٢/ ٥٣٤)، والمعونة (ص: ٩٦٦).
(٦) انظر: المسائل الفقهية في كتاب الروايتين والوجهين (١/ ٣٢٠)، ومسائل الإمام أحمد وإسحاق (٦/ ٢٨٥٧)، والمغني (٤/ ١٥٢).

لِأَنَّ الْمُجَانَسَةَ بَاقِيَةٌ مِن وَجه، لِأَنَّهُمَا مِن أَجزَاءِ الحِنطَةِ، وَالمِعيَارُ فِيهِمَا الكَيلُ، لَكِنَّ الكَيلَ غَيرُ مُسَوٍّ بَينَهُمَا وَبَينَ الحِنطَةِ لِاكتِنَازِهِمَا فِيهِ وَتَخَلخُلِ حَبَّاتِ الحِنطَةِ، فَلَا

الشرع إنما اعتبر [التساوي][1] [٢/١٢٦/أ] بالكيل مخلِّصًا عن الحرمة حال قيام المجانسة من كل وجه، حيث قال: «**الحِنطةُ بِالحِنطَة مثلًا بمثلٍ كيلًا بكيلٍ**». كذا في مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده[2].

فإن قيل: لو ثبتت الحرمة هنا تثبت حرمة مطلقة لا تنتهي بالمساواة، والنص أوجب حرمة مؤقتة تنتهي بالمساواة[3].

قلنا: الحرمة هنا تشبه الشبهة[4]، والحرمة المؤقتة هي الحرمة الثابتة بحقيقة الفضل، وشبهة الحرمة غير مؤقتة؛ ألا ترى أن في النساء الحرمة ثابتة مع أنه لا يكون الفضل على المعيار الشرعي؛ بل يثبت بنهيه ﷺ عن الرِّبا أو الرِّيبة.

(**لاكتنازهما فيه**) أي: في الكيل، والاكتناز: (اكنده شدن مغزو خوشه وابخ بدان ماند) يقال: اكتنز الشيء اكتنازًا: اجتمع وامتلأ، ويقال: أجزاؤه متخلخلة؛ أي: في خِلالِها فُرَجٌ.

وفي المبسوط: لا يُعرَف التساوي بين الدقيق والحنطة، فالدقيق لا يصير حنطة قط، ولكن الحنطة تطحن ولا يُدرَى أن بعد الطحن يتساويان في المكيال أم لا، وإذا لم يُعلَم التساوي بينهما بعد الطحن لا يجوز بيع أحدهما بالآخر، وكذا بيع الحنطة بالنخالة فالنخالة أجزاء الحنطة كالدقيق، إلا أنه جزء خشن، والدقيق جزء لين[5].

وقال الشافعي: بيع الحنطة بالنخالة [جائز؛ لأن النخالة ليست من مال الربا، وكذا بيع الدقيق بالنخالة][6] يجوز عنده، وكذا بيع الحنطة بالسويق؛ لما

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) انظر: فتح القدير (٧/ ٢٥).
(٣) وقع تكرار بالأصل، والسياق المثبت من النسخة الثانية.
(٤) في النسخة الثانية: (تثبت بالشبهة).
(٥) انظر: انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٨٧).
(٦) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

يَجُوزُ وَإِن كَانَ كَيلًا بِكَيل (وَيَجُوزُ بَيعُ الدَّقِيقِ بِالدَّقِيقِ مُتَسَاوِيًا كَيلًا) لِتَحَقُّقِ الشَّرطِ

ذكرنا في الحنطةِ، والسويقُ أجزاء حنطة مقلية، والدقيق أجزاء حنطة غير مقلية[١].

فإن قيلَ: ينبغي أن يجوز بيع الحنطة بالسويق لعدم الاكتناز في السويق.

قلنا: الحرمة باعتبار الشُّبهة، وهي كافية لثبوت الحرمة، فإن السويق في ضمن الحنطة، فتتحقق شبهة الجنسية، كما لا يجوز بيع المقلية بغير المقلية.

(ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويًا): حالٌ، وكذا **(كيلًا)** حالٌ، والعامل في **(متساويًا)**: بَيْعُ، وفي **(كيلًا)**: لفظ **(متساويًا)**.

وفي الذخيرة: يجوز استقراض الدقيق كيلًا[٢].

وقال الشافعي: لا يجوز بيع الدقيق بالدقيق[٣]، وفي تتمتهم: نصَّ الشافعي في القديم والجديد أنه لا يجوز، وحكى البويطيّ والمزنيّ عن الشافعي جوازه[٤]، وهو مذهب أحمد[٥] ومذهبنا[٦]، وفي حلية المؤمن: وهو القياس والاختيار.

وجه قول الشافعي أن الدقيق لا يعتدل في الدخول تحت الكيل؛ فإنه ينكبس بالكبس، وعنده الكيل لا يكون معيارًا شرعيًّا إلا فيما يعتدل في الدخول تحت الكيل؛ ولهذا قال: لا يجوز بيع الباقلاء بالباقلاء، والرطب[٧] بالرطب، والمطعوم إذا قوبل بجنسه، فشرط جواز البيع عنده التساوي في المعيار الشرعي، وذلك لا يوجد فيما لا يعتدل في الكيل.

(لتحقق الشرط) وهو التساوي في الكيل فيما هو مكيل، والكيل معيارٌ

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ١٢٠)، وروضة الطالبين (٣/ ٥٦)، ومنهاج الطالبين (ص: ٧٦).
(٢) انظر: المحيط البرهاني (٦/ ٣٥٦).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ١١٠)، ونهاية المطلب (٥/ ٧٣)، والبيان (٥/ ٢١٨).
(٤) انظر: الأم (١/ ٧٧)، ومختصر المزني (٨/ ١٧٤).
(٥) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١/ ٣٢٠)، ومسائل الإمام أحمد وإسحاق (٦/ ٢٨٥٧)، والمغني (٤/ ١٥٢).
(٦) انظر: المبسوط (١٢/ ١٧٨)، والعناية (٧/ ٢٣)، والجوهرة النيرة (١/ ٢١٤).
(٧) انظر: المجموع (٩/ ٣٠٥).

(وَبَيعُ الدَّقِيقِ بِالسَّوِيقِ لَا يَجُوزُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ مُتَفَاضِلًا، وَلَا مُتَسَاوِيًا) لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيعُ الدَّقِيقِ بِالمَقلِيَّةِ وَلَا بَيعُ السَّوِيقِ بِالحِنطَةِ، فَكَذَا بَيعُ أَجزَائِهِمَا لِقِيَامِ المُجَانَسَةِ مِن وَجه.

شرعي في المكيل، ويُعرَف كونُه مكيلًا بعُرف الناس، فإنهم يكيلونه كالحنطة؛ ولهذا جاز السَّلَم فيه كيلًا، وكذا يجوز استقراضه كيلًا، وما يُتوهَّم من التفاوت عند التكلف في كيل الدقيق يتوهم في الحنطة أيضًا، ثم سقط اعتبارًا، ووجب بناء الحكم على الوسط من ذلك، فكذلك الدقيق. كذلك في المبسوط[(١)].

وفي الذخيرة: وعن الإمام الفضليّ أنه يجوز إذا تساويا كيلًا إذا كانا مبسوطين[(٢)]، وفي الدقيق بالدقيق وزنًا روايتان.

(فكذا بيع أجزائهما) أي: أجزاء المقلية وهي السويق، وأجزاء الحنطة وهي الدقيق[(٣)]، وبقول أبي حنيفة قال الشافعي[(٤)].

وفي المبسوط: لأبي حنيفة طريقان:

أحدهما: أن السويق أجزاء حنطة مقلية، والدقيق أجزاء حنطة غير مقلية، وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يجوز بحالٍ، فكذا بيع الدقيق بالسويق، تحقيقُ هذا أنه لما جُعِلا جنسًا واحدًا قبل الطحن فعُرِف أنهما جنسٌ واحدٌ بعد الطحن؛ لأن عمل الطحن فيهما بصفة واحدة فلا يوجب اختلاف الجنس، وإذا كان كذلك يجب التساوي كيلًا، ولا تظهر تِيكَ المماثلة، فلا يجوز العقد[(٥)].

والثاني: أن بيع الحنطة بالسويق لا يجوز بالاتفاق، وربا الفضل لا يثبت إلا باعتبار المجانسة، ولا مجانسة بين الحنطة والسويق صورةً، فعُرِف أن المجانسة باعتبار ما في الضمن، والذي في ضمن الحنطة دقيق، فتثبت المجانسة بين السويق والدقيق بعد الطحن، كما تثبت [بين][(٦)] الحنطة والسويق باعتبار ما في الضمن قبل الطحن، وليس فيه أكثر من أنه فات في السويق بعض مقاصد

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي(١٢/١٧٨).
(٢) في النسخة الثانية: (مكبوسين).
(٣) انظر: المحيط البرهاني (٦/ ٣٥٤).
(٤) انظر: الوسيط في المذهب (٣/ ٥٤)، وفتح العزيز (٨/ ١٨٠)، وروضة الطالبين (٣/ ٥٦).
(٥) انظر: المبسوط للسرخسي(١٢/١٧٨).
(٦) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَعِندَهُمَا: يَجُوزُ لِأَنَّهُمَا جِنسَانِ مُختَلِفَانِ لِاختِلَافِ المَقصُودِ(*).

الحنطة، وبه لا يختلف الجنس، كالحنطة المقلية بغير المقلية، والعَلِكَة مع الرِّخْوة، فإن المقلية لا تصلح للزراعة واتخاذ الهريسة والكشك عنها، وغير المقلية تصلح لذلك كله، ولا يوجب [ذلك](١) اختلاف الجنس، فكذلك السويق مع الدقيق.

قوله: (لاختلاف المقصود) [٢/١٢٦/ب] لأنه يقصد بالدقيق اتخاذ الخبز والعصائد والأطرية منه، ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق، وإنما يُلَتُّ بالسمن أو العسل فيؤكل كذلك، أو يُشرب بالماء، فكان التفاوت بينهما أظهر من التفاوت بين الهَرَوِيّ والمَرْوِيّ، وكذا كل واحدٍ لا يصير بمثل حال صاحبه بحال، والسويق لا يصيرُ دقيقًا، والدقيق لا يصير سويقًا بحال، واختلاف الجنس يُعرَف بهذا، ثم اتحاد الأصل لا يمنع اختلاف الجنس باعتبار هذه المعاني كالأدهان، فيجوز العقد كيفما كان متساويًا ومتفاضلًا ومجازفة.

وعن أبي يوسف أنه يجوز البيع متساويًا لا متفاضلًا؛ لأن الدقيق يصير سويقًا بأن يُرَش عليه الماء ثم يُقلَى فيصير سويقًا، وهذه عادة أهل بغداد فإنهم يتخذون السويق بهذه الصفة فتعتبر المساواة بينهما؛ لجواز العقد باعتبار المال(٢). كذا في المبسوط(٣).

ولا يبالَى بفوات البعض كالمقلية(٤) مع غير المقلية، كما نقلنا من المبسوط.

وفيه طعن أهل الأدب على محمد في هذا اللفظ، وقالوا: يقال: حنطة مَقْلُوَّة، أما المقلية: المُبْغَضة، يقال: فلان يَقْلِيه: إذا أبغضه(٥)، ولكنا نقول: محمد كان فصيحًا في اللغة، إلا أنه رأى استعمال هذا اللفظ، فاستعمل التي

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.
(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) انظر: المبسوط للسرخسي(١٢/١٧٨)، والمحيط البرهاني (٦/ ٣٢٢).
(٣) انظر: المبسوط للسرخسي(١٢/١٧٨).
(٤) في الأصل: (مع المقلية)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٥) انظر: المبسوط للسرخسي(١٢/١٧٨).

....

هي معروفة عندهم؛ لأن مقصوده بيان الأحكام لهم؛ ولهذا قيل: الخطأ المستعمل أولى من الصواب الغير المستعمل، مع أنه جاء في المغرب: المَقْلِيَّة: المشويّة، من قَلَى البُرَّ: إذا شواه، يَقْلِي أو يقلو، يقال: مَقْلِيَّة ومَقْلُوَّة، وهما لغتان[(١)].

والسُّوسة: الدُّودة تقع في الصوف، ومنه قولهم: حنطة مُسَوِّسة، بكسر الواو المشددة، وحنطة عَلِكة: تَتَلَزَّج كالعِلْك من جودتها وصلابتها[(٢)].

وفي الكافي: بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح في الأصح؛ لعدم المُسَوِّي بينهما؛ لاكتناز أحدهما وتخلخل الآخر، وبيع العَلِكة بالمُسَوِّسة يجوز؛ لوجود المُسَوِّي بينهما.

وفي الذخيرة: بيع المقلية بالمقلية يجوز متساويًا؛ للمجانسة بينهما من كل وجه، ولكن ذكر في المبسوط أنه لا يجوز، والله أعلم بصحته[(٣)].

قوله: (بِلَحْمِ مِن جِنْسِهِ)[(٤)] قيد بكون اللحم من جنسه؛ لأنهما لو كانا مختلفين بأن باعَ لحم البقر بالشاة يجوز بالإجماع[(٥)] من غير اعتبار القلة والكثرة، والخلاف فيما إذا باع لحم الشاة بالشاة الحيَّة، أما لو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة؛ جاز إذا تساويا بالإجماع[(٦)]، وقال الشافعي[(٧)] ومالك[(٨)] وأحمد[(٩)]: لا يجوز بيع اللحم بالحيوان أصلًا لا بطريق الاعتبار ولا بغيره، خلافًا للمزنيّ حيث قال: يجوز[(١٠)] كقول أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال في حلية المؤمن: وهو الاختيار[(١١)].

ولو باعه بحيوان لا من جنسه كبيع لحم الشاة بالبقر، للشافعي فيه قولان:

---

(١) انظر: المغرب في ترتيب المعرب (٣٩٣).
(٢) انظر: المغرب في ترتيب المعرب (٣٢٦).
(٣) انظر: المحيط البرهاني (٦/ ٣٥٤).
(٤) انظر المتن ص ٤٦ .
(٥) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٢٥).
(٦) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٢٥).
(٧) انظر: الأم (٣/ ١٢٠)، ومختصر المزني (٨/ ١٧٦)، واللباب (ص: ٢٢٧).
(٨) انظر: المدونة (٣/ ١٤٧)، ومناهج التحصيل (٦/ ٢٤٤)، والنوادر والزيادات (١/ ٢٢).
(٩) انظر: مختصر الخرقي (ص: ٦٤)، والكافي (٢/ ٣١)، والمغني (٤/ ١٥٥).
(١٠) انظر: مختصر المزني (٨/ ١٧٦).
(١١) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٢٨٩).

قُلنَا: مُعظَمُ المَقصُودِ ـ وَهُوَ التَّغَذِّي ـ يَشمَلُهُمَا فَلَا يُبَالَى بِفَوَاتِ البَعضِ كَالمَقلِيَّةِ مَعَ غَيرِ المَقلِيَّةِ وَالعِلكَةِ بِالمُسَوَّسَةِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيعُ اللَّحمِ بِالحَيَوَانِ) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

أحدهما: أنه يصح[١]، وبه قال مالك[٢] وأحمد[٣] والمزنيّ[٤].

والثاني: أنه لا يصح[٥]، وهو الأصح؛ لعموم نهيه ﷺ عن بيع اللحم بالحيوان، رواه ابن المسيّب، وعن ابن عباسٍ أن جزورًا نُحِر على [عهد][٦] رسول الله ﷺ، فجاء أعرابي بِعَناقه فقال: أعطوني بهذا العَناق، فقال أبو بكر: لا يصلح هذا. كذا في كتبهم والمبسوط.

وقلنا: هما جنسان مختلفان فيجوز بيع أحدهما بالآخر كيفما كان يدًا بيد، كما يجوز بيع الشاة بالبقر، والأصل فيه قوله ﷺ: «**إذا اخْتَلَفَ النَّوعَان فبيعُوا كَيفَ شِئْتُم**» الحديث[٧].

والمراد بالنهي عن بيع اللحم بالحيوان إذا كان أحدهما نسيئة، وقد ذكر ذلك في بعض الروايات، وبه نقول، فإن السَّلم في كل واحدٍ منهما لا يجوز عند أبي حنيفة[٨]، وتأويلُ حديث أبي بكر أن ذلك البعير من إبل الصدقة، فَكَرِهَ أبو بكر لحمَه؛ لأنه إنما نُحِر لِيُتصدَّق به على الفقراء، فلهذا قال: لا يصلح. كذا في المبسوط[٩].

وفي المجتبى: وأما النّهي عن بيع اللحم بالحيوان فهو مرسل، والمرسل ليس بحجَّة عنده، وفيه تأمل؛ لأن الشافعي يقبل مراسيل ابن المسيّب[١٠].

---

(١) انظر: نهاية المطلب (٥/ ١٠٧)، وفتح العزيز بشرح الوجيز (٨/ ١٨٨).
(٢) انظر: المدونة (٣/ ١٤٧)، ومناهج التحصيل (٦/ ٢٤٤)، والنوادر والزيادات (١/ ٢٢).
(٣) انظر: مختصر الخرقي (ص: ٦٤)، والكافي (٢/ ٣١)، والمغني (٤/ ١٥٥).
(٤) انظر: مختصر المزني (٨/ ١٧٦).
(٥) انظر: نهاية المطلب (٥/ ١٠٧)، وفتح العزيز بشرح الوجيز (٨/ ١٨٨).
(٦) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٧) انظر: المبسوط (١٢/ ١٨١).
(٨) انظر: المبسوط (١٢/ ١٨١)، وبدائع الصنائع (٥/ ١٨٩)، والعناية شرح الهداية (٧/ ٢٥).
(٩) انظر: المبسوط (١٢/ ١٨١).
(١٠) انظر: الرسالة للشافعي (ص: ٢١٧)، والنكت على كتاب ابن الصلاح لابن حجر (٢/ ٥٦٨)، والمنهل الروي لابن جماعة (ص: ٤٤)، والنكت على مقدمة ابن الصلاح للزركشي (١/ ٤٨٠).

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِذَا بَاعَهُ بِلَحم مِن جِنسِهِ لَا يَجُوزُ(*)، إِلَّا إِذَا كَانَ اللَّحمُ المُفرَزُ أَكثَرَ لِيَكُونَ اللَّحمُ بِمُقَابَلَةِ مَا فِيهِ مِن اللَّحم وَالبَاقِي بِمُقَابَلَةِ السَّقطِ، إِذ لَو لَم يَكُن كَذَلِكَ يَتَحقَّقُ الرِّبَا مِن حَيثُ زِيَادَةُ السَّقطِ أَو مِن حَيثُ زِيَادَةُ اللَّحمِ، فَصَارَ كَالخَلِّ بِالسِّمسِمِ.

وَلَهُمَا: أَنَّهُ بَاعَ المَوزُونَ بِمَا لَيسَ بِمَوزُون، لِأَنَّ الحَيَوَانَ لَا يُوزَنُ عَادَة وَلَا يُمكِنُ مَعرِفَةُ ثِقَلِهِ بِالوَزنِ، لِأَنَّهُ يُخَفِّفُ نَفسَهُ مَرَّة بِصَلَابَتِهِ وَيَثقُلُ أُخرَى، بِخِلَافِ تِلكَ

(كالخل) أي: بيع دهن السمسم **(بالسمسم)** فإنه لا يصح بطريق الاعتبار، بل أولى؛ لأن اللحم في الشاة أبين من الدهن في السمسم؛ لأنه قائمٌ بعينه ولكنه مختلط بغيره من الجلد والشحم، والدهن ليس بقائم بنفسه، فلما ثبت الرِّبا بين الدهن والسمسم لَأَنْ يثبت هنا أولى.

(بما ليسَ بِموزون) فيصح، كما لو باع الثوب بالقطن، وهذا لأن الحيوان لا يوزن، بل هو عددي متقاربٌ؛ إذِ الموزون ما يعرف قدره بالوزن، وذا لا يمكن في الحيوان **(لأنه يُخففُ نفسَهُ مرة بِصلَابته، ويَثقلُ أخرى)** لاسترخاء مفاصله، فالميت لاسترخاء مفاصله أثقل [٢/١٢٧/أ] من الحي، والنساء لاسترخائهن أثقل من الرجال لصلابتهم، بخلاف تلك المسألة؛ لأن الوزن في الحال يُعلم بقدر الدهن إذا مُيِّز بينه وبين الثَّجِير، ويوزن الثَّجِير.

والحاصل أن محمدًا جعله(١) جنسًا واحدًا، والقياس معه باعتبار ما في الزمان الثاني، كالعصير مع العنب، واللبن مع السمن وأمثالهما، وهما جعلاهما جنسين مختلفين فيجوز، وكونهما جنسين بالنصِّ، فإنه تعالى قال: ﴿فَكَسَوْنَا ٱلْعِظَٰمَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَٰهُ خَلْقًا ءَاخَرَ﴾ [المؤمنون:١٤] أي بعد نفخ الروح، فقد سمَّاه خلقًا آخر بعد نفخ الروح، فعلمنا أن الحيّ جنسٌ آخر غير الجماد. إليه أشير في الذخيرة(٢).

فإن قيل: فعلى كِلا التقديرَيْن ـ أعني بيع الموزون بالموزون، وبيع جنس

(*) الراجح: قول الشيخين.

(١) كذا في الأصول الخطية، ولعلها: (جعلهما). (٢) انظر: المحيط البرهاني (٦/٣٥٨).

المَسأَلَةِ، لِأَنَّ الوَزنَ فِي الحَالِ يُعَرِّفُ قَدرَ الدُّهنِ إذَا مِيزَ بَينَهُ وَبَينَ الثَّجِيرِ، وَيُوزَنُ الثَّجِيرُ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيعُ الرُّطَبِ بِالتَّمرِ مِثلًا بِمِثل عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَقَالَا: لَا يَجُوزُ(*) «لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حِينَ سُئِلَ عَنهُ أَو يَنقُصُ إذَا جَفَّ؟ فَقِيلَ نَعَم، فَقَالَ

بخلاف جنسه ـ ينبغي ألا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئة، وقد ذكر في المبسوط أنه لا يجوز[١].

قلنا: لا يجوز؛ لأن النسيئة إن كانت في الشاة الحيَّة فهو سَلَم، والسَّلم في الحيوان لا يجوز، وإن كانت في اللحم فهو سَلَم في اللحم، وكلاهما لا يجوز. كذا في المبسوط[٢].

سَقَطُ المتاعِ: رُذَالُهُ، وأراد به هاهنا ما لا يطلق عليه اسم اللحم من الشاة، كالجلد والكَرِش والأمعاء والطِّحال، والخل: دُهن السمسم غيرَ مُطيَّب، والثَّجير: ثُفْل كل شيء يُعصَر.

قوله: (وقالا)؛ أي أبو يوسف ومحمد: لا يجوز[٣]، وبه قال الشافعي[٤] وأحمد[٥] ومالك[٦] وغيرهم، وتفرَّد أبو حنيفة بالقول بالجواز[٧]، لهم حديث سعد بن أبي وقاص أنه ﷺ سُئِل عن بيع الرُّطب بالتمر فقال: «**أينقصُ إذا جفَّ؟**» فقيل: نعم، فقال: «**لا إذن**» فأفسد ﷺ البيعَ، وأشار إلى العلة، وهو النقصان عند الجفاف، وتبيّن بهذا أن شرط جواز العقد المماثلة في أعدل الأحوال، وهو ما بعد الجفاف، وذلك لا يُعرف بالمساواة كيلًا في الحال؛ لأن قفيز الرطب ربما يصير نصف قفيز التمر عند الجفاف.

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) انظر: المبسوط (١٢/ ١٧٥). (٢) انظر: المبسوط (١٢/ ١٨٩).

(٣) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٢٧)، وتبيين الحقائق (٤/ ٩٢).

(٤) انظر: الأم (٣/ ٥٤)، واللباب (ص: ٢١٤)، والحاوي الكبير (٥/ ١٣١).

(٥) انظر: الكافي (٢/ ٣١)، والمغني (٤/ ١٤٤)، والشرح الكبير (٤/ ١٤٨).

(٦) المدونة (٣/ ٢٨٧)، والتلقين في الفقه المالكي (ص: ٣٨٤)، والكافي في فقه أهل المدينة (٢/ ٦٥٢).

(٧) انظر: المبسوط (١٢/ ١٨٥)، وبدائع الصنائع (٥/ ١٨٨)، والاختيار لتعليل المختار (٢/ ٣٢).

عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : لَا إذا» وَلَهُ: أَنَّ الرُّطَبَ تَمرٌ «لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حِينَ أُهدَى إِلَيهِ رُطَبٌ أَوَكُلُّ تَمرِ خَيبَرَ هَكَذَا» سَمَّاهُ تَمرًا.

وَبَيعُ التَّمرِ بِمِثلِهِ جَائِزٌ لِمَا رَوَينَا ، وَلِأَنَّهُ لَو كَانَ تَمرًا ....

(وله) أي: لأبي حنيفة **(أن الرُّطبَ تمرٌ)**[(١)] لغةً وشرعًا، فإن التمر اسم للثمرة الخارجة من النخل من حين تنعقد صورتها إلى أن تُدرِك، فكان الرطب تمرًا، قال الشاعر[(٢)]:

وما العيشُ إلا نَومَةٌ وتَشَرُّقٌ[(٣)] وتمْرٌ على رأسِ النخيلِ وماءُ

والمراد: الرطب، وقال ﷺ حين أُهدي إليه رطب: «**أَوَكُلُّ تمرِ خيبرَ هكذا؟**» وقد نهى عن بيع التمر هكذا قبل أن يُزْهِيَ، فقيل: وما الإزهاء يا رسولَ الله؟ فقال: «**أن يحمر أو يصفر**» فسمّاه تمرًا وهو بُسرٌ، ولأن التمر اسم لثمرة خارجة من النخيل كما ذكرنا، وما يتردد عليها من الأوصاف باعتبار الأحوال مع اتحاد الذات لا يوجبُ تبديل العين، كالآدمي يكون صبيًا ثم شابًا ثم كهلًا ثم شيخًا، فإذا ثبت أن الكل تمر يُراعَى وجود المماثلة حالة العقد، وقد وُجِدَت، فيجوز. كذا في المبسوط[(٤)].

(كما روينا) وهو قوله: «**التّمرُ بالتمرِ**» الحديث[(٥)]، وما كان اعتبار المساواة في أعدل الأحوال إلا نظير الأجود.

(ولأنه) أي: الرطب **(إن كان تمرًا)** إلى آخره.

وفي المبسوط: دخل أبو حنيفة بغداد فسئل عن هذه المسألة، وكانوا شِدادًا عليهم؛ لمخالفته الخبرَ، فقال: الرطب لا يخلو إمَّا أن يكون تمرًا أو لا، إلى آخره، فأُورِد عليه حديثُ سعد، فقال: مداره على زيد بن أبي عياش، وهو ممن

---

(١) انظر: المبسوط (١٢/ ١٨٤)، والاختيار لتعليل المختار (٢/ ٣٢)، وتبيين الحقائق (٤/ ٩٢).
(٢) انظر: المثل السائر لأبي الفتح ضياء الدين الموصلي (٤/ ٦)، وديوان الحماسة (٢/ ٤٠٤).
(٣) في الأصل: (تشوق)، والمثبت من النسخة الثانية، والتشرق: التظاهر للشمس والنوم فيها.
(٤) انظر: المبسوط (١٢/ ١٨٦).
(٥) أخرجه البخاري (٣/ ٦٨ رقم ٢١٣٤)، ومسلم (٣/ ١٢٠٩ رقم ١٥٨٦) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

....

لا يُقبَل حديثه[١]، واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن[٢] حتى قال ابن المبارك: كيف يقال: أبو حنيفة لا يعرف الحديث، وهو يقول: زيد بن أبي عياش ممن لا يقبل حديثه؟ مع أنه مخالفٌ للحديث المشهور فيُرَدُّ.

وهذا الكلام حسن لدفع شغب الخصم[٣]؛ ولكن الحجة لا تتم بهذا، الجواب[٤] أن يكون هنا قسم ثالث، كما في المقلية بغير المقلية، والدقيق بالحنطة، ولكن الحجة له ما ذكرنا من أن التمر يُطلق على الرُّطب لغةً وشرعًا، ولا يعتبر ما تردد عليه من الأوصاف بخلاف بيع الحنطة بالدقيق، ثم طحنت الحنطة فظهر التفاوت؛ فإنَّ بالطحن تتفرق الأجزاء، ولا يفوت جزء شاغل للكيل، فيتبّين بالتفاوت بينهما بعد الطحن أنهما لم يكونا متساويين عند العقد، وكذلك المقلية بغير المقلية؛ فإنه بالقلي لا يفوت جزء شاغل للكيل، وإنما تنعدم اللطافة التي بها كانت الحنطة مثلية.

ولما ظهر التفاوت بعد القلي بأن قُلِيت الحنطة التي هي غير مقلية بعد ذلك حين استويا في الصفة يظهر التفاوت في الكيل عرفنا أن هذا التفاوت كان موجودًا عند العقد.

ثم صاحب الشرع أسقط اعتبار التفاوت في الجودة [٢/ ١٢٧/ب] بالحديث، واعتبر التفاوت بين النقد والنسيئة حيث شرط اليد باليد، وصفة الجودة لا تكون حادثة بالصنع، والتفاوت بالنقد والنسيئة حادث بصنع العباد، وهو اشتراط الأجل، فصار هذا أصلًا أن كل تفاوت يُبنَى على صنع العباد فذلك مُفسِد للعقد، وفي المقلية بغير المقلية، والحنطة بالدقيق بهذه الصفة، وكلُّ تفاوت يُبتنَى على ما هو ثابتٌ بأصل الخلقة بلا صنع العباد فهو ساقط العبرة، والتفاوت بين الرطب والتمر بهذه الصفة، فلا يُعتبر، كالتفاوت بين الجيد والرديء.

---

(١) انظر: تهذيب التهذيب (٣/ ٤٣٢)، والتحفة اللطيفة (١/ ٣٧٢).
(٢) انظر: المبسوط (١٢/ ١٨٥).
(٣) انظر: المبسوط (١٢/ ١٨٥).
(٤) في المبسوط: (الجواز).

جَازَ البَيعُ بِأَوَّلِ الحَدِيثِ، وَإِن كَانَ غَيرَ تَمر فَبآخِرِهِ، وَهُوَ قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِذَا اختَلَفَ النَّوعَانِ فَبِيعُوا كَيفَ شِئتُم» وَمَدَارُ مَا رَوَيَاهُ عَلَى زَيدِ بنِ عَيَّاش وَهُوَ ضَعِيفٌ عِندَ النَّقَلَةِ.

قَالَ: (وَكَذَا العِنَبُ بِالزَّبِيبِ) يَعنِي: عَلَى الخِلَافِ، وَالوَجهُ مَا بَيَّنَّاهُ.

وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ اعتِبَارًا بِالحِنطَةِ المَقلِيَّةِ بِغَيرِ المَقلِيَّةِ، وَالرُّطَبُ بِالرُّطَبِ يَجُوزُ مُتَمَاثِلًا كَيلًا عِندَنَا، ....

وأما تأويل حديث سعد ـ إن صحّ ـ أنه ﷺ سُئِل عن بيع الرُّطب بالتمر نسيئةً، وقد نُقِل ذلك في بعض الروايات، وفائدة قوله: «**أَيَنْقُصُ إذا جَفَّ؟**» أن الرطب ينقص إلى أن يُحلّ الأجل، فلا يكون هذا التصرف مفيدًا، أو كان السائل وصيًّا ليتيم، فلم يرَ ﷺ في ذلك التصرف منفعة لليتيم باعتبار النقصان عند الجفاف، فمنعه على طريق الإشفاق لا على وجه بيان فساد العقد. كذا في المبسوط[(١)].

وقيل: لا يجوز بالاتفاق، والفرق لأبي حنيفة بين بيع التمر بالرطب، وبين بيع الزبيب بالعنب على هذه الرواية، أنّ النص والاستعمال ورد بإطلاق اسم التمر على الرُطب كما ذكرنا، ولم يرد مثل هذا في الزبيب، فافترقا، وذكر أبو جعفر جواز بيع العنب بالزبيب بالإجماع[(٢)].

وقال أبو الحسن: لا يجوز عندهما إلا بالاعتبار[(٣)] كذا في شرح المجمع[(٤)].

(**والرُّطَبُ بِالرّطَبِ يجوزُ متماثلًا كيلًا عندنَا**) وبه قال مالك[(٥)] وأحمد[(٦)] والمزنيّ[(٧)].

---

(١) انظر: المبسوط (١٢/ ١٨٦، ١٨٧).
(٢) انظر: العناية (٧/ ٣٠)، والبحر الرائق (٦/ ١٤٥)، وفتح القدير (٧/ ٣٠).
(٣) انظر: البحر الرائق (٦/ ١٤٥)، وفتح القدير (٧/ ٣٠).
(٤) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٢٨٩).
(٥) انظر: المدونة (٣/ ١٤٦)، والتلقين (ص: ٣٦٩)، والكافي (١٢/ ٦٥١).
(٦) انظر: المغني (٤/ ١٤٤)، والشرح الكبير (٤/ ١٥٠)، وشرح الزركشي (٢/ ٢١).
(٧) انظر: مختصر المزني (٨/ ١٧٩).

لِأَنَّهُ بَيعُ التَّمرِ بِالتَّمرِ، وَكَذَا بَيعُ الحِنطَةِ الرَّطبَةِ أَو المَبلُولَةِ بِمِثلِهَا أَو بِاليَابِسَةِ، أَو التَّمرُ أَو الزَّبِيبُ المُنقَعُ بِالمُنقَعِ مِنهُمَا مُتَمَاثِلًا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وفي حلية المؤمن: وهو الاختيار[١]، وقال الشافعي: لا يجوز[٢].

وكذا الخلاف في بيع العنب بالعنب، وكذا في كل ثمرة عنده لها حالة جفاف، كالتين والمِشْمِش والخَوْخ والكُمَّثْرَى والرمان الحامض والإِجَّاص، لا يجوز بيع رَطْبِه بِرَطْبِه، كما لا يجوز بيع رطبه بيابسه؛ لأنه لا يُعرَف قدر النقصان منهما، وقد يكون الناقص من أحدهما أكثر من الآخر. كذا في شرح الوجيز[٣].

وكذا لا يجوز عنده الباقِلي بالباقِلي[٤]؛ لأن بين الباقلتين فضاء مُتّسع، معناه أنه لا يعدل في الدخول في الكيل حتى لا ينضم بعضه بل يتجافى، ويتفاوت بمقدار التجافي، فلا يكون الكيل منه معيارًا شرعيًّا، والمخلص عن الرِّبا إنما يكون في المعيار، وقاسه ببيع الحنطة المقلية بغير المقلية.

(المُنْقَعُ) بالفتح مخففًا لا غيرُ، من: أَنْقَعَ الزبيبَ في الخابية يُنقِعُه: إذا ألقياه فيها ليبتل وتخرج منه الحلاوة، واسم الشراب: نَقِيعٌ. كذا في المغرب[٥].

وأما المُنَقَّع، بالتشديد، من التَّنقِيع: لم يُورَد في الكتب المتداولة من اللغة، وقال محمد: لا يجوز[٦]، وبه قال الشافعي[٧].

قال الإمام الحلواني ﷺ: إن الرواية محفوظة عن محمد أن الحنطة اليابسة بالمبلولة إنما لا تجوز إذا ابتلّت الحنطة وانتفخت، أما إذا لم تنتفخ بعد ذلك لكن بُلَّتْ من ساعته يجوز إذا تساويا كيْلًا. كذا في المحيط[٨] والذخيرة[٩].

---

(١) انظر: فتح القدير (٧/ ٣٠).
(٢) انظر: الأم (٣/ ٢٥)، واللباب (ص: ٢٣٠).
(٣) انظر: فتح العزيز بشرح الوجيز (٨/ ١٧٩).
(٤) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ٢٠١)، والتنبيه في الفقه الشافعي (ص: ٩٣)، والمجموع (٩/ ٣٠٥).
(٥) انظر: المغرب في ترتيب المعرب (٤٧٣).
(٦) انظر: المبسوط (١٢/ ١٨٧)، وبدائع الصنائع (٥/ ١٨٨)، والعناية (٧/ ٣١).
(٧) انظر: اللباب (ص: ٢٣٠)، والحاوي الكبير (٥/ ١٣٥)، ونهاية المطلب (٥/ ٧٤).
(٨) انظر: المحيط البرهاني (٦/ ٣٥٣).
(٩) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٢٩٠).

وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: لَا يَجُوزُ جَمِيعُ ذَلِكَ(*)، لِأَنَّهُ يُعتَبَرُ المُسَاوَاةُ فِي أَعدَلِ الأَحوَالِ وَهُوَ المَالُ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ﷺ يَعتَبِرُهُ فِي الحَالِ، وَكَذَا أَبُو يُوسُفَ ﷺ عَمَلًا بِإِطلَاقِ الحَدِيثِ إِلَّا أَنَّهُ تَرَكَ هَذَا الأَصلَ فِي بَيعِ الرُّطَبِ بِالتَّمرِ لِمَا رَوَينَاهُ لَهُمَا.

وفي المبسوط: وذُكِر في بعض نسخ أبي حفص: قولُ أبي يوسف كقول أبي حنيفة، وهو قوله الآخِر، وأما قوله الأول كقول محمد[١].

فالحاصل أن بيع الحنطة الرطبة بالحنطة الرطبة أو باليابسة، وبيع الحنطة المبلولة بالمبلولة أو اليابسة، وبَيْع الزبيب المُنْقَع بالزبيب أو بالمُنقَع، وبَيْع التمر المُنقَع بالتمر أو المُنقَع ـ يجوز عندهما[٢] خلافًا لمحمد.

(يعتبر المساواة في أعدل الأحوال) كما أشار إليه حديث سعد، وذلك لا يوجد في المبلولة والرطبة.

(إلا أنه) أي: أبا يوسف **(ترك هذا الأصل)** بما روينا، وهو حديث سعد، فبقي الباقي على القياس، والمخصوص من القياس بالأثر لا يُلحق به إلا ما كان في معناه، والحنطة الرطبة ليست في معنى الرُطَب من كل وجه، فالرطوبة في الرُّطَب مقصودة، [وفي الحنطة غير مقصودة][٣] بل هو عيبٌ؛ فلهذا أخذت بالقياس.

فإن قيل: يجوز بيع الحنطة الرطبة بالرطبة كيلًا، مع أن الرطوبة صفة حادثة بصنع العباد كالقلي، ولا يجوز بيع المقلية بغير المقلية؛ لما ذكر من الأصل أن التغير حاصل بصنع العباد.

قلنا: الحنطة في الأصل تخلق رطبة، ويكون مال الربا على هذه الصفة، فإذا بُلَّت بالماء عادت إلى تلك الصفة، فإذا وُجِدَت المماثلة على الوجه الذي صارت مالَ الربا جاز العقد، ولكن لم تخلق الحنطة في الأصل مقلية حتى يكون هذا عادة تلك الصفة فيها. كذا في المبسوط[٤].

(*) الراجح: قول الشيخين.
(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٨/ ٩٧).
(٢) انظر: المبسوط (١٢/ ١٨٦).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) انظر: المبسوط (١٢/ ١٨٤).

وَوَجهُ الفَرقِ لِمُحَمَّد ﷺ بَينَ هَذِهِ الفُصُولِ وَبَينَ الرُّطَبِ بِالرُّطَبِ: أَنَّ التَّفَاوُتَ فِيمَا يَظهَرُ مَعَ بَقَاءِ البَدَلَينِ عَلَى الِاسمِ الَّذِي عُقِدَ عَلَيهِ العَقدُ، وَفِي الرُّطَبِ بِالتَّمرِ مَعَ بَقَاءِ أَحَدِهِمَا عَلَى ذَلِكَ، فَيَكُونَ تَفَاوُتًا فِي عَينِ المَعقُودِ عَلَيهِ، وَفِي الرُّطَبِ بِالرُّطَبِ: التَّفَاوُتُ بَعدَ زَوَالِ ذَلِكَ الِاسمِ فَلَم يَكُن تَفَاوُتًا فِي المَعقُودِ عَلَيهِ فَلَا يُعتَبَرُ.

وَلَو بَاعَ البُسرَ بِالتَّمرِ مُتَفَاضِلًا لَا يَجُوزُ لِأَنَّ البُسرَ تَمرٌ، بِخِلَافِ الكُفُرَّى حَيثُ يَجُوزُ بَيعُهُ بِمَا شَاءَ مِن التَّمرِ اثنَانِ بِوَاحِد لِأَنَّهُ لَيسَ بِتَمر، فَإِنَّ هَذَا الِاسمَ لَهُ مِن أَوَّلِ مَا تَنعَقِدُ صُورَتُهُ لَا قَبلَهُ، وَالكُفُرَّى عَدَدِيٌّ مُتَفَاوِتٌ، حَتَّى لَو بَاعَ التَّمرَ بِهِ نَسِيئَة لَا يَجُوزُ لِلجَهَالَةِ.

(بينَ الرُّطَب بالرُّطَبِ) وكذا بين[1] العنب بالعنب.

(أن التفاوت [٢/١٢٨/أ] فيما) أي: في هذه الفصول (يَظهَرُ) التفاوت بعد الجفاف (مع بَقاءِ البَدَلَينِ على الاسمِ الذي عُقِد عليه العقد) فوجد التغير في المعقود عليه فلا يجوز.

أما في الرُّطَب بالرُّطَبِ يظهر التفاوت بعد الجفاف مع بقاء عين الاسم الذي عُقِد عليه العقد فلا يكون ذلك تفاوتًا في المعقود، فيجوز العَقد. كذا في المبسوط[2].

قوله: (بِخلَافِ الكُفرّى) وفي المغرب: الكُفَرَّى، بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء: كِمُّ النخل، وهو أول ما ينشق[3].

(اثنانِ بواحِدٍ) أي: الكيلان بكيل من التمر بكيل من الكُفري، وبالعكس يدًا بيد (فإن هذا الاسم) أي: اسم التمر (له) أي: للبُسر، يعني: التمر اسمٌ لما يخرج من النخل من حين تنعقد صورته إلى أن يُدرِك، ولا تَنعقِد صورة التمر في الكُفَرَّى، لا ينعقد تمرًا، فلا يكون الكُفَرَّى تمرًا، ولا يكال أيضًا، فيجوز بيعه بالتمر كيفما كان يدًا بيد.

وقوله: (والكُفَرَّى عدديٌّ متفاوتٌ)[4] لتفاوته في الصغر والكبر، يحتمل أن يكون جواب إشكال يرد على قوله: (لأنه ليس بتمر).

---

(١) في الأصل: (بيع)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) انظر: المبسوط (١٢/١٨٧).
(٣) انظر: المغرب في ترتيب المعرب (٤١١).
(٤) في الأصل: (متقارب)، والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ بَيعُ الزَّيتُونِ بِالزَّيتِ، وَالسِّمْسِمِ بِالشَّيرَجِ، حَتَّى يَكُونَ الزَّيتُ وَالشَّيرَجُ ....

فإن قيل: لما لم يكن تمرًا ينبغي أن يجوز إسلام التمر في الكُفَرَّى.

يقال: الكُفَرَّى عدديٌّ متفاوتٌ[1]، فلا يجوز إسلامه؛ للجهالة بوجه.

(والشَّيْرَجُ) الشَّيْرَجُ: الدُّهن الأبيض، ويقال للعصير أو النبيذ قبل أن ينغمر: شَيْرَج أيضًا، وهو تعريب (شيرة)[2]، والزيتون من العِضاهِ[3]، ويقال: لثمره: الزيتون أيضًا، ولدُهنِه: الزيت. كذا في المغرب[4].

وفي فتاوى قاضي خان: وإنما يشترط أن يكون الخالص أكثر إذا كان من الثُّفْل في البدل الآخر شيئًا له قيمة، أما إذا كان شيئًا لا قيمة له، كما في الزبد يجوز بالمثل[5] مرويّ عن أبي حنيفة[6].

وقال زفر: يجوز بيع الزيتون بالزيت، والسمسم بالشَّيْرَج مع الجهالة بأنه أكثر منه أو أقل أو مساوٍ؛ لأن الأصل في البيع الجواز، وهذا البيع متردد بين الفساد والجواز، فلا يثبتُ الفساد بالشك[7].

وقلنا: الفساد غالبٌ؛ لأنه إن كان مساويًا لا يجوز، أو ناقصًا عنه لا يجوز، وإن كان أكثر منه جاز، فإذا لزم الفساد على تقديرين، والجواز على تقديرٍ واحد، كان الفسادُ غالبًا، فكان ظاهرًا، فيجب الحكم به؛ لرجحانه.

وقال الشافعي: لا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج أصلًا، ترجيحًا لجانب الفساد احتياطًا؛ لجهالة المساواة حالة العقد[8]، وكذا لا يجوز عنده بيع الجوز بدهنه، واللبن بسمنه، والعنب بعصيره، والتمر بدبسه[9].

---

(١) في الأصل: (متقارب)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) انظر: المغرب في ترتيب المعرب (٢٤٧).
(٣) العِضاهُ: الأشجار ذوات الشوك، القاموس المحيط (١/ ١٢٤٩).
(٤) انظر: المغرب في ترتيب المعرب (٢١٤).
(٥) انظر: فتاوى قاضي خان (٢/ ١٣٩).
(٦) انظر: الحجة على أهل المدينة (٢/ ٦٦٧)، وتبيين الحقائق (٤/ ١٤١)، والعناية (٧/ ٣٢).
(٧) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٢٩٢)، ومجمع الأنهر (٢/ ٨٩).
(٨) انظر: نهاية المطلب (٥/ ٧٣)، وتكملة المجموع (١٠/ ٤٥١)، وأسنى المطالب (٢/ ٢٧).
(٩) انظر: الأم (٢/ ٣٨)، وكفاية النبيه في شرح التنبيه (٩/ ١٤٨).

....

ثم اعلم أن الأصل في جنس هذه المسائل أن المجانسة بين الشيئين قد تكون باعتبار العَين، وقد تكون باعتبار ما في الضمن وإن كان شيئًا آخر حكمًا، ثم بين الزيت والزيتون المجانسةُ باعتبار ما في الضمن، وهو الزيت الذي في الزيتون.

فإن قيل: ينبغي أن يجوز بَيْع السمسم بدهنه بأي وجهٍ كان؛ لأن الدهن وزنيّ، والسمسم كيليّ.

قلنا: المقصود منه ما فيه، وهو الدهن، فكان بيعَ الجنس بالجنس.

فإن قيل: لما كان ما فيه مقصودًا، وثَجِيره مقصودًا أيضًا حتى جُعِل بمقابلته شيء من الدين، فينبغي أن يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلًا صَرفًا لكل واحد من الدهن والثجير إلى خلاف الجنس، كما في مسألة الأكرار، وهي بيع كُرِّ حنطةٍ وكُرِّ شعير بثلاثةِ أكرار حنطة وكُرِّ شعيرٍ.

قلنا: ذلك الصرف إنما يصح في المنفصل خِلقةً، كما في مسألة الأكرار؛ لأنه لما كان منفصلًا خلقة أمكن اعتبارُه منفصلًا في حق الصرف إلى خلاف الجنس، ولأن السمسم لما كان زائدًا في أحد الجانبين كان ما في ضمن السمسم من الدهن أيضًا زائدًا على الدهن الذي في ضمن السمسم الأقل بمقابلته والدهن، فكان بيعَ الدهن بالدهن متفاضلًا، وذا لا يجوز.

وفي الكافي: اعلم أن بيع أحدهما بالآخر على أربعة أوجه:

إن علم الزيت الذي في الزيتون أكثر من الزيت المنفصل لم يصح[١]؛ لتحقق الفضل الخالي عن العوض من حيث زيادة الدهن والثجير.

وكذا إن علم أنه مثله؛ لأن الثفل يكون فضلًا، وإن كان الزيت المنفصل أكثر جاز، والفضل بالثفل، وهذه الثلاثة بالإجماع.

وإن لم يعلم أنه مثله أو أكثر منه أو أقل منه صح عند زفر، وعندنا لا يصح[٢]، والوجه من الجانبين مرَّ.

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٢٩٢).

(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٢٩٢).

أَكْثَرَ مِمَّا فِي الزَّيْتُونِ وَالسِّمسِمِ، فَيَكُونَ الدُّهنُ بِمِثْلِهِ وَالزِّيَادَةُ بِالثَّجِيرِ) لِأَنَّ عِندَ ذَلِكَ يَعرَى عَنِ الرِّبَا، إِذ مَا فِيهِ مِنَ الدُّهنِ مَوزُونٌ، وَهَذَا لِأَنَّ مَا فِيهِ لَو كَانَ أَكثَرَ أَو

وفي الإيضاح: وأما الأدهان كالخل والزيت جنسان؛ لاختلاف أصلهما، فيجوز التفاضل بينهما، ولو كان أصلهما واحدًا، واختلف المضاف إليه كالبنفسج مع الخيريّ يُجعل جنسين؛ لاختلاف المقاصد منهما فيسقط حكم اتحاد الأصل [٢/١٢٨/ب] حتى يجوز بيع دُهن البنفسج بدُهن الخيريّ متفاضلًا(١)، وقالوا: يجوز بيع قفيز سمسم مُربى بقفيزي سمسم غير مربى، وجعلوا الرائحة التي فيها بإزاء الزيادة(٢)، وعند الشافعي لا يجوز(٣)، وقالوا: [لا](٤) يجوز(٥) بيع رطل زيت غير مطبوخ [برطل من زيت مطبوخ](٦) مُطيّب؛ لأن الرائحة زيادة فكأنه باع زيتًا بزيت وفضل وعند الشافعي يجوز(٧).

وقال أبو يوسف: لو كانت الرائحة التي يطبخ بها تزيد في وزنه حتى لو خلص نقص فيجوز بيعه منًّا بمنين، ويكون الزيت المُطيّب بمثله من الزيت، والزيادة بزيادة الرائحة(٨)، وقالوا: يجوز بيع منٍّ من دُهن الخل بمنٍّ من دُهن البنفسج، وفرقوا بينه وبين الدُّهن المُطيّب؛ لأن دُهن الخل لا يصير بنفسجًا أبدًا، والزيت لو طبخ يصير مثل المطبوخ.

وعند الشافعي لا يجوز بيع أدهان المطيبة بعضها ببعض متفاضلًا(٩)؛ لأن الأدهان جنسان؛ لاختلاف أصلها، واختاره المزني(١٠)، وهو مذهبنا(١١).

---

(١) انظر: المحيط البرهاني (٦/ ٣٦٠).
(٢) انظر: المحيط البرهاني (٦/ ٣٦٠)، وتبيين الحقائق (٥/ ١٣٠).
(٣) انظر: الأم (٣/ ٨٠)، والإقناع (ص: ٩٥)، والحاوي الكبير (٥/ ١٢٣).
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٥) انظر: البحر الرائق (٦/ ١٣٨)، والدر المختار (٥/ ١٧٤)، وفتح القدير (٧/ ١٤).
(٦) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٧) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ١٢٣)، وكفاية النبيه في شرح التنبيه (٩/ ١٧٠).
(٨) انظر: النهر الفائق (٣/ ٤٧٠)، والدر المختار (٥/ ١٧٤).
(٩) انظر: المهذب (٢/ ٢٧)، والبيان (٥/ ٤٠٤)، وفتح العزيز بشرح الوجيز (٨/ ١٨٢).
(١٠) انظر: مختصر المزني (٨/ ١٨٩).
(١١) انظر: المبسوط للشيباني (٥/ ٤٦)، والمبسوط للسرخسي (١٢/ ١٧٦).

مُسَاوِيًا لَهُ، فَالثَّجِيرُ وَبَعضُ الدُّهنِ أَو الثَّجِيرُ وَحدَهُ فَضلٌ، وَلَو لَم يُعلَم مِقدَارُ مَا فِيهِ لَا يَجُوزُ لِاحتِمَالِ الرِّبَا، وَالشُّبهَةُ فِيهِ كَالحَقِيقَةِ، وَالجَوزُ بِدُهنِهِ وَاللَّبَنُ بِسَمنِهِ وَالعِنَبُ بِعَصِيرِهِ وَالتَّمرُ بِدِبسِهِ عَلَى هَذَا الِاعتِبَارِ.

وَاختَلَفُوا فِي القُطنِ بِغَزلِهِ، وَالكِربَاسُ بِالقُطنِ يَجُوزُ كَيفَمَا كَانَ بِالإِجمَاعِ.

قوله: (على هذا الاعتبار) يعني: اعتبار الزيت بالزيتون، وعند الشافعي لا يجوز أصلًا[١].

(واختلفوا) أي: المشايخ **(في القطن بغزله)** وفي الإيضاح[٢] والذخيرة[٣]: بيع غزل القطن بالقطن لا يجوز متساويًا؛ لأن القطن ينقص بالغزل، فهو نظير الحنطة مع الدقيق.

وفي فتاوى قاضي خان: لا يجوز بيع الغزل مع القطن إلا متساويًا؛ لأن أصلهما واحدٌ، وكلاهما موزون، ولو خرجا أو أحدهما من الوزن فلا بأس ببيعهما متفاضلًا، وبيع الغزل بالثوب جائز على كل حال[٤].

وعن محمد: بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلًا، وعنه أنه لا يجوز مطلقًا، ذكر بعد هذا: ولا بأس ببيع المحلوج بالقطن إذا كان يُعلم أن الخالص أكثر مما في الآخر، وإن كان لا يدري لا يجوز[٥].

وفي جمع العلوم: بيع الجَوْزَقَة[٦] بالغزل جائز كيفما كان على الأصل.

وقيل: إنما يجوز باعتبار، وقيل: لا يجوز كيفما كان[٧].

([والكِرْباس مع القطن يجوز كيفما كان][٨] **بالإجماع)** وعن أبي حنيفة:

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ١٢٣)، وتكملة المجموع (١١/ ١٣٤)، وكفاية النبيه (٩/ ١٧٠).
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٢٩٣).
(٣) انظر: المحيط البرهاني (٦/ ٣٦٠)، والجوهرة النيرة (١/ ٢١٣).
(٤) انظر: فتاوى قاضي خان (٢/ ١٣٩).
(٥) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٢٩٣).
(٦) جَوْزَق القطن، بالفتح: مُعرَّب، القاموس المحيط (١/ ٨٧١).
(٧) انظر: المبسوط (١٢/ ١٨٠)، البناية شرح الهداية (٨/ ٢٩٣))
(٨) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيعُ اللَّحمَانِ المُختَلِفَةِ بَعضِهَا بِبَعض مُتَفَاضِلًا) مُرَادُهُ: لَحمُ الإِبِلِ وَالبَقَرِ وَالغَنَم؛ فَأَمَّا البَقَرُ وَالجَوَامِيسُ جِنسٌ وَاحِدٌ، وَكَذَا المَعزُ مَعَ الضَّأنِ، وَكَذَا العِرَابُ مَعَ البَخَاتِيِّ.

قَالَ: (وَكَذَلِكَ أَلبَانُ البَقَرِ وَالغَنَمِ) وَعَنِ الشَّافِعِيِّ رحمه الله: لَا يَجُوزُ لِأَنَّهَا جِنسٌ وَاحِدٌ لِاتِّحَادِ المَقصُودِ.

لا يجوز الثوب بالقطن؛ لأنه يصير ثوبًا[(١)] يعني في السَّلم، بخلاف النقد متفاضلًا.

قوله: (وعن الشافعيّ أنها) أي: اللحمان والألبان **(جنسٌ واحدٌ؛ لاتحادِ المقصودِ)**[(٢)]، فإن المقصود من اللحم شيء واحد، وهو التغذي والتقوي، واختلاف المقاصد بعد ذلك يرجع إلى الوصف.

وفي كتبهم: اللحمان أجناس، وهو ظاهر المذهب[(٣)] وهو اختيار المزنيّ[(٤)] ومذهب أبي حنيفة[(٥)].

وفي قولٍ: جنس واحد؛ فإن جميع اللحوم اشتركت في الاسم الأخص، فكان جميعها جنسًا واحدًا، كأنواع الحنطة، يعني يسمى الجميع لحمًا وليس لها اسمُ الجنس من اللحم، وإنما يتميز البعضُ عن البعض بالإضافة، والأصح أنها أجناس مختلفة؛ لأنها أصول فروع مختلفة[(٦)]، وكذا في الألبان الأصح أنها أجناس مختلفة عنده[(٧)].

وقال مالك: اللحوم ثلاثة أجناس: الطيور، والدواب أهليُّها ووحشيُّها،

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٢٩٣).
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٢٩٣).
(٣) انظر: نهاية المطلب (٥/ ١٠٤)، والبيان (٥/ ١٨٩)، وكفاية النبيه (٩/ ١٧٠).
(٤) انظر: مختصر المزني (٨/ ١٧٥).
(٥) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٥)، والاختيار لتعليل المختار (٢/ ٣٣).
(٦) كذا في الأصل: (أصول فروع)، وفي النسخة الثانية سقط في هذا الموضع، وفي العناية شرح الهداية (٧/ ٣٤): (فروع أصول).
(٧) انظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٣/ ٣٤)، والعناية (٧/ ٣٤).

وَلَنَا: أَنَّ الْأُصُولَ مُخْتَلِفَةٌ حَتَّى لَا يَكْمُلَ نِصَابُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ فِي الزَّكَاةِ، فَكَذَا أَجْزَاؤُهَا إِذَا لَمْ تَتَبَدَّلْ بِالصَّنعَةِ.

والبحريات[١]، وبه قال أحمد في إحدى الروايات عنه[٢]، وعن أحمد روايتان أُخْرَيانِ[٣] كقول الشافعي، ويُعلم من هذا أن قول المصنف: (وعن الشافعي) إشارة إلى قوله المرجوح[٤].

فإن قيل: يشكل على حرمة بيع اللحوم في الجنس الواحد متفاضلًا: بيعُ لحم الطير بعضِه ببعضٍ متفاضلًا؛ فإنه يجوز وإن كان من جنس واحد.

قلنا: باعتبار أنه لا يوزن عادة ولا يكال أيضًا، وهو ظاهر، والألبان واللحوم موزونة؛ ولهذا لا يجوز بيع بعضها بالبعض نسيئةً، ويجوز متفاضلًا يدًا بيد؛ لانعدام أحد الوصفين. كذا في المبسوط[٥].

وما ذكر الشافعي من الاتحاد في [التغذي فذلك اعتبار المعنى العام، كالطّعم في المطعومات، والمعتبر الاتحاد في][٦] المعنى الخاص. كذا في الإيضاح[٧].

قوله: (إذا لم تتبدل بالصنعة) يعني: اعتبار اختلاف الأجزاء باختلاف الأصل إذا لم يكن متبدلًا بالصنعة، فأما لو تبدل بالصنعة يصيرُ صنفَيْن[٨] بسبب تبدلهما بالصنعة، وإن كان أصلهما واحدًا، كالزندنيجي مع الوذاريّ، والهرويّ مع المرويّ، فحينئذٍ يجوز البيع كيفما كان كالحنطة أو الدقيق بالخبز. كذا ذكره شيخ الإسلام[٩].

---

(١) انظر: شرح مختصر التلقين (٢/ ٢٥١)، وبداية المجتهد (٢/ ١٣٦)، والفروق (٣/ ٤٢٥).
(٢) انظر: المسائل الفقهية (١/ ٣٢٥)، والهداية على مذهب الإمام أحمد (ص: ٢٤١).
(٣) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين (١/ ٣٢٥)، والهداية على مذهب الإمام أحمد (ص: ٢٤١).
(٤) انظر: نهاية المطلب (٥/ ١٠٤)، والبيان (٥/ ١٨٩)، وكفاية النبيه (٩/ ١٧٠).
(٥) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٧٧).
(٦) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٧) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٥).
(٨) في النسخة الثانية: (جنسين).
(٩) انظر: المحيط البرهاني (٦/ ٣٥٦)، وفتاوى قاضي خان (٢/ ١٣٨).

قَالَ: (وَكَذَا خَلُّ الدَّقَلِ بِخَلِّ العِنَبِ) لِلِاختِلَافِ بَينَ أَصلَيهِمَا، فَكَذَا بَينَ مَاءَيهِمَا وَلِهَذَا كَانَ عَصِيرَاهُمَا جِنسَينِ.

وفي الخبازية والمبسوط: اختلاف الأصل دليل اختلاف الفرع[١]؛ ألا ترى أنه لا اتحاد في المقصود، فإن مقصود السَّمن يحصل بلبن البقرة دون لبن الإبل، وكذا بعض الناس يرغب في بعض اللحوم دون البعض، وقد يضره البعض وينفعه البعض، ولكن اختلاف الأصل إنما يوجب اختلاف الفرع إذا لم يتبدل بالصُّنعة، فإن الأجزاء المختلفة إذا أبدع فيها صنعة تصير كجزءٍ واحدٍ، وفي مسألتنا [٢/١٢٩/أ] لم تتبدل بالصنعة فتكون الأجزاء مختلفة كأصولها.

وفي المبسوط: الزيت المطبوخ غير الزيت غير المطبوخ، والدُّهن المربى بالبنفسج مع غير المربى جنسان؛ لأن تلك الرائحة بمنزلة زيادة في عينها، وهي حاصلة بالصنعة.

وفي الذخيرة: باع قمقمة من حد أو صفر ونحاس بقمقتَيْن من جنسهما يجوز يدًا بيد؛ لأن الناس تركوا وزنها مع الإمكان، وتَرك الوزن فيما يثبت وزنه بإصلاحهما إعراض عن الاصطلاح على الوزن، وخروجها عن الاصطلاح على الوزن لم يكن إلا باعتبار الصنعة، فعُلم أن للصنعة تأثيرًا في تغيير الأجناس[٢].

قوله: (وكذا خَلُّ الدَّقَلِ بخَلِّ العِنَب) أي هما جنسان. الدَّقَل: نوعٌ من أرذل التمر، وإنما خصَّ خل الدَّقَل، وإن كان الحكم في خل الكل واحدًا؛ للعادة؛ لأنهم كانوا يجعلون الخل من الدقل، ولكن لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئة؛ لأنه جمعهما الوزن. كذا في المبسوط[٣].

(عصيراهما) أي: عصير الدَّقَل والعنب **(جنسين)** بإجماع الأئمة الأربعة[٤].

---

(١) انظر: المبسوط (١٢/ ١٧٧).
(٢) انظر: المحيط البرهاني (٦/ ٣٥٨).
(٣) انظر: المبسوط (٢٣/ ١٤٣).
(٤) انظر: المبسوط (٢٣/ ١٤٣)، والعناية شرح الهداية (٧/ ٣٥)، وفتح القدير (٧/ ٣٥)، والتلقين في الفقه المالكي (ص: ٣٦٥)، والحاوي الكبير (٧/ ٣٧٧)، وروضة الطالبين (٤/ ٢٩٩)، والمغني (٤/ ١٥١)، والشرح الكبير (٤/ ١٥١).

وَشَعرُ المَعزِ وَصُوفُ الغَنَمِ جِنسَانِ لِاختِلَافِ المَقَاصِدِ.

قَالَ: (وَكَذَا شَحمُ البَطنِ بِالأَليَةِ أَو بِاللَّحمِ) لِأَنَّهَا أَجنَاسٌ مُختَلِفَةٌ لِاختِلَافِ الصُّوَرِ وَالمَعَانِي وَالمَنَافِعِ اختِلَافًا فَاحِشًا.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيعُ الخُبزِ بِالحِنطَةِ وَالدَّقِيقِ مُتَفَاضِلًا) لِأَنَّ الخُبزَ صَارَ عَدَدِيًّا أَو مَوزُونًا فَخَرَجَ مِن أَن يَكُونَ مَكِيلًا مِن كُلِّ وَجه وَالحِنطَةُ مَكِيلَةٌ.

(لِاختِلَافِ المَقَاصِدِ) فإن الحِبالَ الصُّلْبة والمُسُوح إنما تُتخَذ من شعر المعز دون صوف الضأن، واللُّبود واللِّفافة إنما تتخذ من صوف الضأن دون المعز.

فإن قيل: شعر المعز وصوف الضأن ـ بالنظر إلى أن اسم الغنم يتناول الكل جنس واحد ـ وبالنظر إلى اختلاف المقصود ـ جنسان، فينبغي ألا يجوز بَيْع أحدهما بالآخر متفاضلًا ترجيحًا؛ لجانب الحرمة عند تعارض دليليّ الحلِّ والحرمة.

قلنا: لا تعارض بين الصورة والمعنى؛ لأن المعنى ـ وهو المقصود ـ راجحٌ.

(وَكَذَا شَحمُ البَطنِ بِالأَليَةِ أَو بِاللَّحمِ) أي: يجوز متفاضلًا لاختلاف الذات والمقاصد، أما شحم الجنب من جنس اللحم يباع معه ويُستعمل استعمال اللحم، وهو مع الألية وشحم البطن جنسان. كذا في الإيضاح[(١)].

(والمعاني) أي: الاختلاف في المعاني، فإن الألية إذا صُهِرت يخرج دهُن كثير، بخلاف الشحم، صار عدديًّا عند محمد[(٢)] أو موزونًا عند أبي يوسف.

(فخرج) أي: الخبز **(والحنطة مكيلة)** أي: بالنص، وكذا الدقيق؛ باعتبار أنه جزء الحنطة المكيلة، ومَن جعله وزنيًّا باعتبار العُرف لم يُثبِت الجنسيةَ بينه وبين الخبز، فلم يجمعهما القدر من كل وجه، فلم تتحقق علة الربا، وهو وجود الوصفين، فلا يتحقق الرِّبا.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق (٤/ ١١٣).

(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٧)، والجوهرة النيرة (١/ ٢١٥).

وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّهُ لَا خَيرَ فِيهِ، وَالفَتوَى عَلَى الأَوَّلِ، وَهَذَا: إِذَا كَانَا

(لَا خَيرَ فِيهِ) أي: في بيع الحنطة أو الدقيق بالخبز، يعني لا يجوز، ومن عادة المجتهدين أنهم إذا لم يجدوا دليلًا قطعيًّا على عدم الجواز، وفيه شُبهة عدم الجواز يقولون: لا خير فيه، فكان قولهم: لا خير فيه عبارة عن عدم الجواز؛ لأن [في][(١)] الجائز خيرًا، فيكون قولهم: لا خير؛ أي: لا يجوز على وجه المبالغة؛ لأن النكرة في موضع النفي تعمَّ نفي جميع الخيرية، وبهذا القول قال الشافعي[(٢)] وأحمد[(٣)].

ووجهه أن في الخبز أجزاء الدقيق فيورث شُبهة المجانسة، أو أن الدقيق يعرض أن يصير خبزًا، فتشترط المساواة، ولا يدرى ذلك.

(وَالفَتوَى عَلَى الأَوَّلِ) أي: على أنه جائز. وقيل: هو ظاهر مذهب علماء الثلاثة[(٤)]، وهو اختيار المتأخرين[(٥)].

وفي فتاوى قاضي خان: بيع الخبز بالخبز متفاضلًا عددًا أو وزنًا جائز[(٦)] في قول أبي يوسف ومحمد يدًا بيدٍ[(٧)] ولا خير فيه نسيئةً عند أبي حنيفة[(٨)]؛ إذِ الخبز ليس بوزنيّ ولا عدديّ عنده.

وقال محمد: هو عدديّ[(٩)]، وقال أبو يوسف: هو وزنيّ[(١٠)] إلا أن يكون قليلًا لا يدخل تحت الوزن، فيجوز الواحد بالاثنين، وإن كان كثيرًا لا يجوز.

وقال الشافعي: لا يجوز بيع الخبز بالخبز إذا كانا رطبَيْن أو أحدهما[(١١)].

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٥/ ٤٢٣)، وتكملة المجموع (١١/ ١٢٢).
(٣) انظر: مسائل الإمام أحمد وإسحاق (٦/ ٢٨٥٦)، الإنصاف (٥/ ٢٦)، والإقناع (٢/ ١١٦).
(٤) انظر: فتاوى قاضي خان (٢/ ١٣٨).
(٥) انظر: البناية (٨/ ٢٩٦)، والبحر الرائق (٤/ ٢٧٧)، وفتح القدير (٥/ ٥).
(٦) انظر: المحيط البرهاني (٦/ ٣٥٦)، وفتاوى قاضي خان (٢/ ١٣٨).
(٧) انظر: البناية شرح الهداية (٢/ ٢٩٧).
(٨) انظر: الأصل المعروف بالمبسوط (٥/ ٢)، والمبسوط للسرخسي (١٢/ ١٨٩)، والبناية (٨/ ٢٩٦).
(٩) انظر: الجامع الصغير (ص: ٣٣٥)، والمحيط البرهاني (٧/ ٧٧).
(١٠) انظر: الجامع الصغير (ص: ٣٣٥).
(١١) انظر: الحاوي الكبير (١٥/ ٤٢٣)، وتكملة المجموع (١١/ ١٢٢).

نَقدَينِ؛ فَإِن كَانَت الحِنطَةُ نَسِيئَة جَازَ أَيضًا، وَإِن كَانَ الخُبزُ نَسِيئَة يَجُوزُ عِندَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَعَلَيهِ الفَتوَى، وَكَذَا السَّلَمُ فِي الخُبزِ جَائِزٌ فِي الصَّحِيحِ، وَلَا خَيرَ فِي

وقال أحمد(١): يجوز متماثلًا إذا كانا رطبَيْن، ولو كانا يابسَيْن مدقوقَيْن؛ ففيه قولان:

أحدهما: يجوز؛ لأنه حالة ادخار، وفي قول لا يجوز؛ لأنه خالطه الملح، فقد يكون في أحدهما أكثر مما في الآخر.

ولو كانا يابسَيْن غير مدقوقَيْن لا يجوز؛ لجهالة التماثل، كما لو كانا رطبَيْن أو أحدهما(٢). كذا في تتمتهم(٣).

وجوابه ما قلنا: أنه إما عدديّ أو وزنيّ.

(جَائِزٌ في الصحيح) إذا شرط وزنًا معلومًا وضربًا معلومًا، واحترز بقوله: **(في الصحيح)** عما رُوِيَ عن أبي حنيفة أنه قال: لا يجوز(٤).

وفي المبسوط: وأما السَّلَم في الخبز فلا يجوز عند أبي حنيفة، ولا يحفظ عنهما خلاف ذلك، ومن أصحابنا من يقول: يجوز عندهما على قياس السَّلَم في اللحم، ومنهم من يقول: لا يجوز(٥)؛ لما عَلَّل له في النوادر أنه قال: لأنه لا يُوقَف على حده، معناه: أنه يتفاوت بالعجن والنضج عند الخَبْز، ويكون منه الثقيلِ والخفيفِ.

ثم لهذه العلة أفسد أبو حنيفة استقراضه؛ لأن السَّلَم أوسع بابًا من القرض حتى يجوز السَّلم في الثياب، [٢/١٢٩/ب] ولا يجوز الاستقراض عنها، فإذا لم يجز السَّلم في الخبز لهذا المعنى فَلَأَنْ لا يجوزَ الاستقراض أولى.

وفي الذخيرة محالًا إلى شيخ الإسلام خواهر زاده: لا يجوز السَّلَم في الخبز(٦) عند أبي حنيفة ومحمد لا وزنًا ولا عددًا، وقال أبو يوسف: يجوز

---

(١) انظر: مسائل الإمام أحمد وإسحاق (٦/٢٨٥٦)، والإنصاف (٥/٢٦)، والإقناع (٢/١١٦).
(٢) انظر: المغني (٤/٢٧)، والشرح الكبير (٤/١٤٨).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٥/٤٢٣)، وتكملة المجموع (١١/١٢٢).
(٤) انظر: البناية شرح الهداية (٨/١٩٧).
(٥) انظر: المبسوط (١٤/٣١).
(٦) انظر: المحيط البرهاني (٧/٨٢).

اسْتِقْرَاضِهِ عَدَدا أَو وَزنا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ بِالْخُبزِ وَالخَبَّازِ وَالتَّنُّورِ وَالتَّقَدُّمِ وَالتَّأَخُّرِ.

وَعِندَ مُحَمَّد ﷺ: يَجُوزُ بِهِمَا لِلتَّعَامُلِ، وَعِندَ أَبِي يُوسُفَ ﷺ: يَجُوزُ وَزنًا وَلَا يَجُوزُ عَدَدًا لِلتَّفَاوُتِ فِي آحَادِهِ(*).

وزنًا[١] واختار المشايخ للفتوى قول أبي يوسف إذا أتى بشرائطه؛ لحاجة الناس، لكن يجب أن يَحتاط وقت القبض.

وقال الشافعيّ[٢]، ومالك[٣]، وأحمد[٤]: يجوز السَّلم في كل مال يمكن ضبط صفته ويجوز بيعه.

وفي شرح الوجيز: للشافعيّ وجهان في السَّلَم في الخبز: في وجه لا يجوز؛ لاختلاف الغرض بتأثير النار، وتَعذُّر الضبط بتأثير النار. وفي وجه يجوز؛ لتأثير النار فيه نهاية مضبوطة، كالسَمْن والسكر والفانيد كالخبز[٥].

(**وَالتَّقَدُّمِ وَالتَّأَخُّرِ**) يعني في أول التنور وآخره، فتكون متفاوتة، فلا يجوز الاستقراض فيه أصلًا، وإن وزن للتفاوت لعدم القدرة على التسليم؛ إذْ شَرْطه القدرة على أداء مثل المستقرض، وهو ليس بمثلي.

(**وَعِندَ مُحَمَّد يَجُوزُ بِهِمَا**)[٦] أي: بالعدد والوزن (**للتعامل**) ولا يجوز السَّلَم عنده بهما؛ لعدم التعامل، والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع.

وعند أبي حنيفة يجوز وزنًا[٧]؛ لأنه موزون فيُعلم بالوزن لا بالعدد؛ لتفاوت آحاده قدرًا، فلا يتحقق التساوي به، وعليه الفتوى.

وفي المجتبى: باع رغيفًا نقدًا برغيفَيْن نسيئة يجوز، ولو كان الرغيفان نقدًا

(*) **الراجح: قول محمد.**

(١) انظر: المبسوط (١٤/ ٣١)، والمحيط البرهاني (٧/ ٨٢).

(٢) انظر: نهاية المطلب (٦/ ٤٤)، والعزيز شرح الوجيز (٩/ ٣٠١)، وروضة الطالبين (٤/ ٢٤٩).

(٣) انظر: الذخيرة (٥/ ٢٢٣)، ومناهج التحصيل (٦/ ١٠١)، والنوادر والزيادات (١/ ٦٢).

(٤) انظر: المغني (٤/ ٢٠٨)، ومسائل الإمام أحمد رواية أبي الفضل (٣/ ٢٤٦)، والكافي (٢/ ٦٢).

(٥) انظر: العزيز شرح الوجيز (٩/ ٣٠١).

(٦) انظر: الجوهرة النيرة (١/ ٢١٥).

(٧) انظر: الجوهرة النيرة (١/ ٢١٥).

قَالَ: (وَلَا رِبَا بَينَ المَولَى وَعَبدِهِ) لِأَنَّ العَبدَ وَمَا فِي يَدِهِ مِلكٌ لِمَولَاهُ فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا، وَهَذَا إِذَا كَانَ مَأذُونًا لَهُ وَلَم يَكُن عَلَيهِ دَينٌ، فَإِن كَانَ عَلَيهِ دَينٌ لَا يَجُوزُ، لِأَنَّ مَا فِي يَدِهِ لَيسَ مِلكَ المَولَى عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وَعِندَهُمَا: تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الغُرَمَاءِ فَصَارَ كَالأَجنَبِيِّ، فَيَتَحَقَّقُ الرِّبَا كَمَا يَتَحَقَّقُ بَينَهُ وَبَينَ مُكَاتَبِهِ.

والرغيف نسيئة لا يجوز، ولو باع كسيرات الخبز يجوز نقدًا ونسيئة كيفما كان عند صاحِبَيه[1].

وللشافعي في استقراض الخبز وجهان كما في السَّلَم:

أحدهما: لا يجوز، وبه قال أبو حنيفة[2]، وهو الأصح عند صاحب التقريب.

والثاني: يجوز، وبه قال أحمد[3]، وهو اختيارُ ابن الصبَّاغ؛ لحاجة العامة وإطباق الناس عليه، وعلى قول يجوز استقراضه يجب رد مثله وزنًا[4]، فيجب أن يكون المُقرَض معلوم القدر. كذا في شرح الوجيز[5].

(**فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا**) لعدم تحقق البيع؛ لما أن بيع الإنسان ملكه بملكه باطل، فكان عدم تحقق الرِّبَا دليلًا على عدم صحة البيع، ولأنه عليه السلام قال: «**لا رِبا بَينَ العَبْدِ وسَيدِهِ**».

قوله: (**فَيَتَحَقَّقَ الرِّبَا كَمَا يَتَحَقَّقُ بَينَهُ**) أي: بين المولى (**ومكاتبه**).

وفي المبسوط: فلو كان على العبد دين فليس بينهما ربًا أيضًا، ولكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد، لكن كسبه مشغول بحق غرمائه، فلا يُسلم له ما لم يَفرُغ من دينه، كما لو أخذه لا بجهة العقد، سواء كان اشترى منه درهمًا بدرهمَيْن أو لا؛ لأن ما أعطى ليس بعوض سواء كان [قَلَّ][6] أو كَثُر؛ فعليه رد ما قبض لِحَقِّ الغرماء.

---

(١) انظر: البناية (٨/ ٢٩٨)، والبحر الرائق (٦/ ١٤٧)، والدر المختار (٥/ ١٨٥).
(٢) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ١٧)، والمحيط البرهاني (٧/ ١٢٥)، والبناية (٨/ ٢٩٧).
(٣) انظر: المغني (٤/ ٣٨٩)، والشرح الكبير (٤/ ٣٥٩).
(٤) كذا في الأصول الخطية، وفي العزيز شرح الوجيز: (ثم ذكر إنْ جوزنا قرضه وجب رد مثله وزنًا).
(٥) انظر: العزيز شرح الوجيز (٤/ ٤٣٢).
(٦) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَلَا بَيْنَ المُسلِمِ وَالحَربِيِّ فِي دَارِ الحَربِ) خِلَافا لِأَبِي يُوسُفَ وَالشَّافِعِيِّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

لَهُمَا: الِاعتِبَارُ بِالمُستَأمَنِ مِنهُم فِي دَارِنَا.

وكذا أم الولد والمُدَبّر؛ لأن كسبه ماله بخلاف المكاتب؛ لأن المكاتب صار كالحر يدًا وتصرفًا في كسبه، فيجري الرِّبا بينه وبين مولاه، كما يجري بينه وبين غيره[(١)]، وفيه إشارة إلى أنه لا ربا بين المولى وعبده إذا كان على العبد دين، وما ذكر في الكتاب يدل على جريان الرِّبا بينهما إذا كان عليه [دين][(٢)].

قوله: (خلافًا لأبي يوسف[(٣)] والشافعي)[(٤)] وبه قال مالك[(٥)] وأحمد[(٦)]، وعلى هذا الخلاف الرِّبا بين المسلم الأصلي وبين المسلم الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا.

قوله: (لَهُمَا) أي: لأبي يوسف[(٧)] والشافعيّ[(٨)] إطلاق النصوص الواردة في الباب، فإن المسلم ممنوع عنه بحيث كان، ولا يجوز أن يُحمَل فعلُه على أخذ مال الكافر بطيب نفسه؛ لأنه قصد الأخذ بحكم العقد، ولأن الكافر غير راضٍ بأخذ هذا المال منه إلا بطريق العقد لا الهبة، ولو جاز هذا في دار الحرب لجاز مثله في دار الإسلام بين المسلمين، على أن يُجعَل الدرهم بالدرهم، والدرهم الآخر هبة.

وعن ابن عباس: أنه وَقَع للمشركين جِيفَةٌ في الخندق فأعطوا المسلمين بذلك مالًا، «**فَنَهَاهُم النَّبِي ﷺ عن ذَلك**»، فدلَّ على أن المسلم ممنوع عن العقد بالكافر فيما لم يَجْرِ بين المسلمين، ولا معنى لقول من يقول: إن الخندق من دار الإسلام؛ لأن عندكم هذا يجوز بين المسلم والحَرْبي الذي لا أمان له، سواء كان في دار الإسلام أو في دار الحرب. كذا في المبسوط[(٩)].

---

(١) انظر: المبسوط (١٤/ ٥٩).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) انظر: العناية (٧/ ٣٨)، والجوهرة النيرة (١/ ٢١٦)، والبناية (٨/ ٢٩٨).
(٤) انظر: تكملة المجموع (١١/ ٢٢٩).
(٥) انظر: المدونة (٣/ ٢٩٤).
(٦) انظر: الشرح الكبير (٤/ ١٨٢)، والمبدع (٤/ ١٥٧)، والإنصاف (٥/ ٥٢).
(٧) انظر: العناية (٧/ ٣٨)، والجوهرة النيرة (١/ ٢١٦)، والبناية (٨/ ٢٩٨).
(٨) انظر: تكملة المجموع (١١/ ٢٢٩).
(٩) انظر: المبسوط (١٤/ ٥٧).

وَلَنَا: قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا رِبَا بَينَ المُسلِمِ وَالحَربِيِّ فِي دَارِ الحَربِ»، وَلِأَنَّ مَالَهُم مُبَاحٌ فِي دَارِهِم فَبِأَيِّ طَرِيقٍ أَخَذَهُ المُسلِمُ أَخَذَ مَالًا مُبَاحًا إِذَا لَم يَكُن فِيهِ غَدرٌ، بِخِلَافِ المُستَأمِنِ مِنهُم، لِأَنَّ مَالَهُ صَارَ مَحظُورا بِعَقدِ الأَمَانِ.

قوله: (**وَلَنَا**) الحديث المذكور في المَتنِ.

وفي المبسوط: عن مكحول، عن رسول الله ﷺ قال: «**لا ربا**» الحديث[١]، وهذا الحديث ـ وإن كان مرسلًا ـ فمكحول ثقة، والمرسَل من مثله مقبول.

ولأن أبا بكر رضي الله عنه قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى قوله: ﴿الٓمٓ ۝١ غُلِبَتِ ٱلرُّومُ ۝٢ فِيٓ أَدۡنَى ٱلۡأَرۡضِ﴾ [الروم:١-٣] فقال له قريش: ترون الروم تغلب؟ قال: «نعم» فقالوا: هل لك أن تُخاطِرَنا؟ فخاطَرَهُمْ، فأُخبِر النبيُّ عليه السلام، فقال النّبي عليه السلام: «**اذْهَبْ إلَيْهِمْ وزِدْ في الخَطَرِ**»[٢] ففعلَ، وغلبت الروم على فارس، فأخذ أبو بكر رضي الله عنه خَطَرَه، وقد أجازه النّبي عليه السلام[٣]، وهو القِمار بعينه [٢/١٣٠/أ] بين أبي بكر ومشركي مكة في مكة، وكانت مكة دار الشِّرك، فدلَّ هذا على جواز هذه العقود بين المسلم والكافر في دار الحرب.

(**ولأن مالهم**) أي: مال أهل الحرب (**مُبَاحٌ**) فيجوز أخذه برضاه بلا غدر، وكذا مال من أسلم ثَمَّةَ ولم يهاجر إلينا، لم يكن معصومًا، فصار كمال الحربي، فيجوز أخذه للمسلم المُستأمَن برضاه بلا غدر، حتى لو قامره وأخذ ماله بالقمار يكون المال طيبًا عندهما.

(**بخلاف المُستأمَن منهم**) أي: أن من أهل الحرب (**لِأَنَّ مَالَهُ صَارَ مَحظُورا بِعَقدِ الأَمَانِ**) فيُفضي ذلك إلى الغدر، وهو حرام.

وأما المراد من النصوص: الرِّبا في مال محظور، ومال أهل الحرب غير محظور؛ لما ذكرنا.

---

(١) انظر: المبسوط (١٤/٥٧).
(٢) الخَطَر: السبق الذي يُتراهَن عليه، وخاطره على كذا، الصحاح (٢/٦٤٨).
(٣) أخرجه ابن جرير في التفسير (١٨/٤٥٠).

بَابُ الحُقُوقِ

(وَمَن اشتَرَى مَنزِلًا فَوقَهُ مَنزِلٌ فَلَيسَ لَهُ الأَعلَى إِلَّا أَن يَشتَرِيَهُ بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ أَو بِمَرَافِقِهِ أَو بِكُلِّ قَلِيل وَكَثِير هُوَ فِيهِ أَو مِنهُ. وَمَن اشتَرَى بَيتًا فَوقَهُ بَيتٌ بِكُلِّ حَقٍّ، لَم يَكُن لَهُ الأَعلَى، وَمَن اشتَرَى دَارًا بِحُدُودِهَا فَلَهُ العُلُوُّ وَالكَنِيفُ) جَمَعَ ....

وفي المجتبى[١]: في الكفاية: مُستأمَن مِنَّا باشَرَ مسلمًا كان أو ذميًا في دارهم، أو من أسلم هناك شيئًا من العقود التي لا تجوز فيما بيننا، كالرّبويات وبيع الميتة جاز عندهما[٢] خلافًا لأبي يوسف[٣]، وبه قال الشافعيّ[٤]، ومالك[٥]، وأحمد[٦]، والله أعلم.

بَابُ الْحُقُوقِ

كان من حق مسائل هذا الباب أن تُذكَر في الفصل المتصل بأول كتاب البيوع، إلا أنه التزم المصنفُ بترتيب الجامع الصغير، وهنا هكذا، ولأن الحقوق توابع، فيليق ذكرها بعد ذكر مسائل البيوع[٧].

قوله: (بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ) أي: للمنزل من الطريق الذي فيه حق الدخول والخروج.

(هو فِيه) أي: في المنزل، كالكَنِيف[٨] وغيره، **(ومنه)** أي: من المنزل مما ينتفع به، نحو الميزاب[٩] وغيره.

قوله: (جمع) أي: محمد في الجامع.

وذكر في الفوائد الظهيرية محالًا إلى مبسوط شمس الأئمة السرخسيّ أن

---

(١) انظر: البحر الرائق (٦/ ١٤٨).
(٢) انظر: الأصل المعروف بالمبسوط (٥/ ٢٢١)، والمبسوط (١٠/ ٢٢)، وبدائع الصنائع (٥/ ١٤١).
(٣) انظر: المبسوط (١٠/ ٢٢)، والاختيار لتعليل المختار (٢/ ٢٣).
(٤) انظر: المهذب (٢/ ٢٠٨)، وتكملة المجموع (١٤/ ٢٥٧).
(٥) انظر: مناهج التحصيل (٦/ ٣٣٤)، وشرح التلقين (٢/ ٤٢١)، ومواهب الجليل (٣/ ٣٩٠).
(٦) انظر: المغني (٤/ ١٦٨)، والشرح الكبير (٤/ ١٣)، والروض المربع (ص: ٣٠٤).
(٧) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٠)، والبحر الرائق (٦/ ١٤٨)، مجمع الأنهر (٢/ ٩٠).
(٨) الكنيف: المرحاض، القاموس المحيط: (١/ ٨٥٠).
(٩) الميزاب: ما يسيل منه الماء من موضع عال، تاج العروس (٢/ ٢٤).

....

البيت اسم لمُسَقَّف واحد له دهليز[(١)]، والمنزل اسم لما يشتمل على بيوتٍ وصحن مُسَقَّف ومطبخ يسكنه الرجل بعياله، والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مُسَقَّف، فكان المنزلُ فوق البيت، دون الدار[(٢)].

قال أبو بكر بن الحسين بن شيخ الإسلام خواهر زاده: وإنما كان الجواب هكذا؛ لأن العُلْو بمنزلة البناء من وجه، وبمنزلة البيت من وجه، فمن حيث إن قِوام العُلْو بالسُّفْل: بمنزلة البناء، ومن حيث إنه يُبنَى لِيُنتفَع بنفسه لا ليصير السُّفْل به منتفعًا: فهو كبيت آخر بخلاف البناء، فإنه لا يُبنَى لِيُنتفَع بنفسه، وإنما يُبنَى ليصير داخل البناء منتفعًا به بالبناء، وإذا كان كذلك تَوفَّرَ على الشبهين حظُّهما في المسائل الثلاثة فيُجعَل العُلْوُ منزلةً بين المنزلتَيْن، فيقال: متى ذُكِر الحقوق دَخَل، وإن لم يُنَصَّ على العُلْو، كالبناء يدخل من غير تنصيص، ومتى لم يُذكَر الحقوقُ لم يدخل كبيتٍ آخر[(٣)].

وفي نظم الجامع الكبير: الدارُ: اسمٌ في اللغة لقطعة أرض ضُرِبت لها الحدود، ومُيِّزت عما يجاورها بإدارة خط عليها، فبُني في بعضها دون البعض؛ لتُجمَع فيها مرافق الصحراء للاسترواح، ومنافع الأبنية للإسكان وغير ذلك، ولا فرق بينهما إذا كانت الأبنية بالماء والتراب، أو بالخيام والقباب.

وفي الفوائد: تحققه أن المنزل اسمٌ لبيتَيْن أو ثلاثة يُنزَل فيها ليلًا أو نهارًا، والعلو وإن كان محلًا للنزول فيه فهو دون السفل في احتمال السُّكنى؛ لأن السفل يحتمل السُّكنى بنفسه ودوابه، والعلو لا يحتمل السُّكنى للدواب، فكان أصلًا من وجه، تبعًا من وجه، فلو ذُكِر الحقوق يدخل وإلا فلا؛ لتكون منزلته دون منزلة الدار، فوق منزلة البيت. وهكذا ذكره في جامع قاضي خان[(٤)].

---

(١) الدهليز: ما بين الباب والدار، القاموس المحيط (١/ ٥١١).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٤/ ١٣٧)، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء (١/ ٧٨)، الكليات للكفوي (١/ ٢٣٩)، دستور العلماء (٢/ ٦٩)، معجم لغة الفقهاء (١/ ١٩).
(٣) انظر: تبيين الحقائق (٤/ ٩٧)، العناية شرح الهداية (٧/ ٤٠).
(٤) انظر: البناية شرح الهداية (٣/ ٣٠٢).

بَينَ المَنزِلِ وَالبَيتِ وَالدَّارِ، فَاسمُ الدَّارِ يَنتَظِمُ العُلُوَّ، لِأَنَّهُ اسمٌ لِمَا أُدِيرَ عَلَيهِ الحُدُودُ، وَالعُلُوُّ مِن تَوَابِعِ الأَصلِ وَأَجزَائِهِ فَيَدخُلَ فِيهِ. وَالبَيتُ اسمٌ لِمَا يُبَاتُ فِيهِ، وَالعُلُوُّ مِثلُهُ، وَالشَّيءُ لَا يَكُونُ تَبَعا لِمِثلِهِ فَلَا يَدخُلُ فِيهِ إِلَّا بِالتَّنصِيصِ عَلَيهِ، وَالمَنزِلُ بَينَ الدَّارِ وَالبَيتِ، لِأَنَّهُ يَتَأَتَّى فِيهِ مَرَافِقُ السُّكنَى مَعَ ضَربِ قُصُور، إِذ لَا يَكُونُ فِيهِ مَنزِلُ الدَّوَابِّ، فَلِشَبَهِهِ بِالدَّارِ يَدخُلُ العُلُوُّ فِيهِ تَبَعا عِندَ ذِكرِ التَّوَابِعِ، وَلِشَبَهِهِ بِالبَيتِ لَا يَدخُلُ فِيهِ بِدُونِهِ.

وَقِيلَ(*): فِي عُرفِنَا يَدخُلُ العُلُوُّ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ، لِأَنَّ كُلَّ مَسكَن يُسَمَّى بِالفَارِسِيَّةِ خَانَهُ، وَلَا يَخلُو عَن عُلُوٍّ، وَكَمَا يَدخُلُ العُلُوُّ فِي اسمِ الدَّارِ يَدخُلُ الكَنِيفُ لِأَنَّهُ مِن تَوَابِعِهِ، وَلَا تَدخُلُ الظُّلَّةُ إِلَّا بِذِكرِ مَا ذَكَرنَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ،(**) لِأَنَّهُ مَبنِيٌّ عَلَى هَوَاءِ الطَّرِيقِ ....

وفي الكافي قالوا: هذا الجواب على هذا التفسير بناءً على عُرف أهل الكوفة (**وفي عُرفنا يدخل في جميع ذلك**) أي: في البيت والمنزل والدار (**لأن كل مسكن يسمى بالفارسية «خانه»**) سواء كان صغيرًا أو كبيرًا، إلا دار السلطان فإنها تسمى (سَرَاي). (**لأن كل بيت**)، وفي بعض النُّسخ: (**لأن كل مَسْكن**) وهو الأصح (**يدخل الكنيف**) أي: المستراح.

وفي جامع قاضي خان: والمراد بالكنيف: الكنيف الشارعُ.

(**لأنه**) أي: الكنيف (**من توابِعِه**) أي: توابع الدار، فيجوز فيه التذكير؛ لأنه مؤنث غير حقيقي، ولأن الدار اسمٌ لما أدير عليه الحائط، فيكون من الدار، فيدخل تحت بيع الدار بلا ذكر الحقوق.

(**ولا تدخل الظُّلَّة**) وهي السَّاباط[١] الذي أحد طرفيه على الدار المبيعة، والطرف الآخر على دار أخرى (**إلا بذكر ما ذكرنا**) وهو قوله: (**بكلِّ حقٍ هو لَهُ**)[٢].

(*) الراجح: قول صاحب قيل. (**) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) الساباط: سقيفة بين دارين، تحتها طريق. القاموس المحيط (١/ ٦٩٩).

(٢) انظر المتن ص ٧٢.

فَأَخَذَ حُكمَهُ. وَعِندَهُمَا: إن كَانَ مِفتَحُهُ فِي الدَّارِ يَدخُلُ مِن غَيرِ ذِكرِ شَيء مِمَّا ذَكَرنَا لِأَنَّهُ مِن تَوَابِعِهِ فَشَابَهَ الكَنِيف.

(لأنه) أي: الظلة، على تأويل السَّاباط.

وفي جامع قاضي خان: الظُّلَّة: هي السَّاباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار المبيعة، والطرف الآخر على دار أخرى، أو على الأسطوانات في السكة، ومَفْتَحُه في الدار.

وفي المغرب: وقول الفقهاء: ظُلَّة الدار: يريدون السُّدَّة التي فوق الباب(١).

[٢/ ١٣٠/ب] وفي الكافي: وأما الظُّلة التي تكون على ظهر الطريق - وهي التي أحد طرفي جذوعها على حائط الدار المبيعة، وطرفها الآخر على حائط الجار المقابل، أو على الأساطين المنصوبة تجاهي الدار، ويقال لها: الساباط - فلا يدخل عند أبي حنيفة إلا بذكر الحقوق.

(فَأَخَذَ حُكْمَهُ)(٢) أي: حُكم الطريق.

(وعندهما يَدخُل من غيرِ ذكرِ شيءٍ) أي: يدخل بلا ذكر الحقوق.

وعند الشافعي ثلاثة أوجه: في وجه يدخل، وفي وجه لا يدخل، وفي وجه تعتبر الأطراف من الجانبين، فإن كانت مطروحة على حائط الدار دخل، وإن كان أحد الطرفين مطروحة لا يدخل.

(إن كان مَفْتَحُهُ)(٣) أي(٤): الظُّلة، على تأويل الساباط.

(لأنه) أي: الظلة، على ذلك التأويل **(من تَوَابِعِهِ)** أي: من توابع الدار؛ لأن قرارها بها(٥) فصارت كالكنيف والعُلوّ.

وأما أبو حنيفة يقول: إن الظلة تابعة للدار؛ لأن أحد طرفيها عليها، وليست بتابعة لها من حيث إن قرار طرفها الآخر على شيءٍ آخر، فلو كان قرار

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب (١/ ٢٩٩).
(٢) (٣) انظر المتن ص ٧٠.
(٤) في الأصل: (إلى) والمثبت من النسخة الثانية.
(٥) في الأصل: (قرار بها)، وفي الثانية: (قرارها).

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى بَيتًا فِي دَار أَو مَنزِلًا أَو مَسكَنًا لَم يَكُن لَهُ الطَّرِيقُ إِلَّا أَن يَشتَرِيَهُ بِكُلِّ حَقٍّ هُوَ لَهُ أَو بِمَرَافِقِهِ أَو بِكُلِّ قَلِيل وَكَثِير، وَكَذَا الشُّربُ وَالمَسِيلُ) لِأَنَّهُ خَارِجُ الحُدُودِ إِلَّا أَنَّهُ مِن التَّوَابِعِ فَيَدخُلَ بِذِكرِ التَّوَابِعِ، ....

طرفها بها لدخلت تحت بيعها تبعًا لها بلا ذكر الحقوق كالكنيف، ولو كان قرار طرفيها بشيءٍ آخر لم يكن تبعًا لها أصلًا، فلم يدخل تحت بيعها، فإذا كان قرار أحد طرفيها بالدار المبيعة، وقرار طرفها الآخر بشيء آخر ـ لم يدخل بلا ذكر الحقوق، ودخلت إذا ذكرت، عملًا بالشبهين، ولأنها خارجة عن الحقوق المبينة على هواء الطريق، وصارت كالطريق الخارجة. كذا في الكافي.

قوله: (ومن اشترى بيتًا في دار أو منزلًا) أي: فيها **(أو مسكنًا)** أي: فيها، إنما قيد بكونه فيها؛ إذْ لو كان في سكةٍ نافذةً كانت أو غيرَ نافذة ـ يدخل الطريق من غير ذكر الحقوق. ذكره في المحيط.

(لم يكن له) أي: للمشتري **(الطريق)** بلا ذكر الحقوق، والمراد: الطريق الخاص في ملك إنسان، فأما طريقها إلى سكة غير نافذة، وإلى طريق عام ـ يدخل، وكذا ما كان له من حق مسيل الماء أو إلقاء الثلج في ملك إنسانٍ خاصةً فلا يدخل. كذا في شرح الطحاوي.

(وكذا الشِّرْب)[1] يعني: لو اشترى أرضًا لا يدخل الشرب بغير ذكر الحقوق، وبقولنا قال الشافعي في الكل **(لأنه)** أي الطريق أو المسيل أو الشرب **(خارج الحدود)** أي: حدود المبيع، فكانت هذه الأشياء أصلًا بنفسها من حيث إنه يُتصوَّر قيامُها بدون المبيع، ومن حيث إنه لا يُقصَد عينُها، وإنما يُقصَد بها الانتفاعُ بالمبيع كانت تابعة، فكانت هذه الأشياء تابعة من وجه دون وجه، فلا تدخل إلا بذكر الحقوق، وهو معنى قوله: **(فيدخل بذكر التوابع)** أي: ذكر الحقوق والمرافق[2].

---

(١) ش ر ب: (شرب) الماء. (شربًا) بضم الشين وفتحها وكسرها، والشرب مصدر، والشرب الحظ من الماء، وهو الحوض يحفر حول الشجرة، والنخلة. انظر: لسان العرب (١/ ٤٩٠)، ومختار الصحاح (١/ ١٦٣).

(٢) انظر: العناية (٧/ ٤٢)، والدر المختار (٥/ ١٨٩).

بِخِلَافِ الإِجَارَةِ، لِأَنَّهَا تُعقَدُ لِلانتِفَاعِ فَلَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا بِهِ، إذ المُستَأجِرُ لَا يَشتَرِي الطَّرِيقَ عَادَة وَلَا يَستَأجِرُهُ فَيَدخُلَ تَحصِيلًا لِلفَائِدَةِ المَطلُوبَةِ مِنهُ، أَمَّا الِانتِفَاعُ بِالمَبِيعِ مُمكِنٌ بِدُونِهِ لِأَنَّ المُشتَرِيَ عَادَة يَشتَرِيهِ، وَقَد يَتَّجِرُ فِيهِ فَيَبِيعُهُ مِن غَيرِهِ فَحَصَلَت الفَائِدَةُ، وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعلَمُ.

وفي الذخيرة: بذكر الحقوق إنما يدخل الطريق الذي يكون وقت البيع لا الطريق الذي كان قبل البيع، حتى إن من سد طريق منزله وجعل له طريقًا آخر، وباع المنزل بحقوقه دخل تحت البيع الطريق الثاني لا الطريق الأول.

قوله: (بِخلاف الإجارة)[1] يعني: تدخل هذه الأشياء فيها بدون ذكر الحقوق، وبه قال الشافعيّ[2] **(لأنها)** أي الإجارة **(تعقدُ لكذا)** أي: شُرِعت للانتفاع، ولا يتحقق الانتفاع إلا بهذه الأشياء؛ إذِ المستأجر لا يشتريها عادة ولا يجد شيئًا ليستأجر، ولو استأجر الطريق الذي لربِّ الدار لم يجز، فيجب إدخالها تحت الإجارة ضرورة تحريًا لجوازها[3]، وهذا معنى قوله: **(فيدخل تحصيلًا للفائدة المطلوبة منه)** أي: من عقد الإجارة.

(بدونه) أي بدون الطريق **(لأن المُشتري)** إلى آخره، معنى هذا الكلام أن البيع شُرِع لتمليك العين لا لتمليك المنفعة؛ ولهذا يصح فيما لا ينتفع به في الحال كالجحش والأرض السَّبَخَة[4] والمُهر الصغير، والإجارة لا تصح فيه، والإنسان قد يشتري ليبيعه ليربح، وقد يشتريه للانتفاع، فكان المقصد فيه تمليك العين لا الانتفاع لا محالة، فلا ضرورة في إدخال الأشياء في البيع، فلا تدخل إلا بالذكر. كذا في جامع قاضي خان والكافي.

وفي الكافي: ولهذا لو استأجر علوًا واستثنى الطريق يصح؛ لأن موجب البيع ملك الرقبة، والانتفاع من ثمراته، أما الإجارة للانتفاع، ولا انتفاع بلا

---

(١) والإجارة: هي عبارة عن العقد على المنافع بعوض، هو مال. ينظر: التعريفات للجرجاني (١/ ١٠)، التوقيف على مهمات التعاريف (١/ ٣٨).

(٢) انظر: المجموع (١٥/ ٣).

(٣) انظر: العناية (٧/ ٤٢).

(٤) السَّبَخَة، مُحرَّكَةً ومُسكَّنة: أرض ذات نَزٍّ ومِلح. القاموس المحيط (١/ ٢٥٢).

....

طريق، ولو استحق الطريق ثم أجيز البيع صح؛ لأن القضاء بالاستحقاق لا يوجب انفساخ البيوع الماضية في ظاهر الرواية، ولا شيء لصاحب ساحة العلو من الثمن؛ لأنه يقابل المبيع، والمبيع البناء لا الساحة؛ لأنه حقه في الهواء كما ذكرنا.

فإن قيل: ما ذكرتم يشكل بالقسمة، فإن الدار لو كانت بين اثنين وفيها صُفَّة فيها بيت، وبابُ البيت في الصُّفَّة، ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصُّفة [٢/١٣١/أ] فاقتسما، فأصاب الصُّفةَ أحدُهما وقطعةً من الساحة ولم يذكر طريقًا ولا مسيلًا، فصاحب البيت لا يستطيع أن يفتح بابه فيما أصابه من الساحة، ولا يقدر أن يُسِيل ماءً في ذلك؛ فالقسمة فاسدة، فعلى قياس ما ذكرتم ينبغي أن يدخل الطريق والمسيل وإن لم يذكر الحقوق تحريًا لجواز القسمة، كما أنهما يدخلان في الإجارة تحريًا لجواز الإجارة.

قلنا: الفرق بينهما هو أن في باب الإجارة موضع الشرب ليس مما تتناوله الإجارة، وليس يُتوسَّل به إلى الانتفاع، والآجِر إنما يَستوجب الأجْرَ إذا تمكن المُستأجِر من الانتفاع، ففي إدخال الشرب توفير المنفعة عليهما(١)، أما هاهنا ففيه منفعة الطريق والمسيل داخل في القسمة؛ لأنهما كانا داخلين في الملك المشترك، فمن موجب القسمة اختصاص كل واحدٍ منهما بما هو نصيبه فلو أثبتنا أحدهما حقًّا في نصيب الآخر تضرر به الآخر، ولا يجوز الإضرار به بدون رضاه، وإنما دليل الرضا اشتراطه الحقوق والمرافق.

فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين البيع، حيث يدخل الطريق والمسيل بذكر الحقوق، وإن أمكنه أن يفتح بابه فيما ابتاع، ويُسِيل ماءَه فيه، وفي القسمة إذا أمكنه أن يفتح فيما أصابه من الساحة، ويُسِيل ماءَه فيه لا يدخل وإن ذكر الحقوق والمرافق؟

قلنا: الفرق بينهما هو أن المقصود بالبيع إيجاب الملك، وقصد المشتري

---

(١) في الأصل: (فإذا أدخل الشرب فيه توفير)، والمثبت من النسخة الثانية.

بَابُ الاسْتِحْقَاقِ

(وَمَن اشتَرَى جَارِيَة فَوَلَدَت عِندَهُ فَاستَحَقَّهَا رَجُلٌ بِبَيِّنَة فَإِنَّهُ يَأخُذُهَا وَوَلَدَهَا، وَإِن أَقَرَّ بِهَا لِرَجُل لَم يَتبَعهَا وَلَدُهَا) وَوَجهُ الفَرقِ: أَنَّ البَيِّنَةَ حُجَّةٌ مُطلَقَةٌ فَإِنَّهَا

التمكن من الانتفاع، وذلك إنما يتم بالطريق والمسيل، إلا أن ذلك خارج من الحدود فلا يدخل في البيع بطريق التبع، والمقصود من القسمة تمييز أحد الملكين من الآخر، واختصاص كل واحدٍ منهما بالانتفاع بنصيبه على وجه لا يَشْرَكُه الآخرُ فيه، وإنما يتم هذا المقصود إذا لم يدخل الطريق والمسيل؛ ليتميز نصيب أحدهما عن الآخر من كل وجه؛ فلهذا لم يدخلا مع ذكر الحقوق والمرافق. كذا في الفوائد الظهيرية، والله أعلم.

بَابُ الِاسْتِحْقَاقِ

(فولدت عنده)؛ أي: عند المُشتري، أي: ولدت من غير مولاها.

وفي الكافي: ولدت لا باستيلادٍ.

قوله: (لَمْ يَتْبَعْهَا وَلَدُهَا) أي: لا يأخذُ الولدَ المُقَرُّ له، ويأخذ الأمة فقط[١]، وكذا لم يتبعها أَرْشُها.

ثم القضاء باستحقاق المبيع على المُشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي جرى بينه وبين البائع، ولكن يوجب وقفه على إجازة المُستحِق.

ثم في مسألة الإقرار إنما لم يتبعها ولدها إذا لم يَدَّعِ المُقَرُّ له الولدَ، أما إذا ادعاه كان له؛ لأن الظاهر أنه له، وإن لم يَدَّعِ لم يُحكَم به. كذا ذكره الإمام التمرتاشي.

(ووجهُ الفرق) أي: بين الإقرار والبيّنة.

قوله: (حجة مطلقة) يعني غير مقتصرة على المَقضِيِّ عليه؛ بل هي حجّة في حق كافة الناس[٢].

---

(١) انظر: المحيط البرهاني (٦/ ٤٢٦).

(٢) انظر: تبيين الحقائق (٤/ ٩٩).

كَاسمِهَا مُبَيِّنَةٌ فَيظْهَرُ بِهَا مِلكُهُ مِن الأَصلِ، وَالوَلَدُ كَانَ مُتَّصِلًا بِهَا فَيَكُونُ لَهُ، أَمَّا الإِقْرَارُ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ يُثبِتُ المِلكَ فِي المُخبَرِ بِهِ ضَرُورَةَ صِحَّةِ الإِخبَارِ، وَقَد اندَفَعَت بِإِثبَاتِهِ بَعدَ الِانفِصَالِ فَلَا يَكُونُ الوَلَدُ لَهُ.

وفي الكافي: البيّنة حجّة متعدية حتى تظهرُ في حق كافة الناس، والإقرار لا، حتى يقتصرُ على المُقِر؛ لأن البيّنة تصير حجّة بالقضاء، وللقاضي ولاية عامة فتتعدى إلى الكل؛ ولهذا يرجع المُشتري على البائع بالثمن عند الاستحقاق بالبيّنة، أما الإقرار بحجّة لا يتوقف على القضاء، وله ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه؛ ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن عند الاستحقاق بالإقرار.

(**فيظهر بها**) أي: بالبيّنة ملك المستحق من الأصل في حق الجارية والولد جميعًا؛ لأن الولد يكون متفرعًا عن جارية مملوكة له؛ ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض، وفي الإقرار لا يرجع على بائعه، وكذا الباعة؛ لأن الإقرار قاصرة فتظهر في [حقه](١) دون غيره.

(**حجة قاصرة**) أي: على المُقِر؛ لانعدام ولايته على الغير، فيثبت الملك مقصورًا [على ما أقر، وهو الجارية، فلم يجعل إقرارًا بالولد؛ ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على بعض، وهذا لأن ثبوت الملك مقصور](٢) على الحال، والولد منفصلٌ منها في الحال، فلم يَتَعَدَّ حكم الملك إليه. كذا في جامعَيْ شمس الأئمة وقاضي خان.

(**وقد اندفعت**) أي: الضرورة (**بإثباته**) أي: الملك، بعد انفصال الولد، فلا يظهر الاستحقاق بالولد، فلا يكون له الولد؛ ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن عند الاستحقاق بالإقرار.

ثم قيل: اختلف المشايخ في فصل الاستحقاق بالبيّنة في أن الولد في القضاء بالأم يدخل تبعًا أم لا؟

فقال بعضهم: يدخل تبعًا؛ لأنه لما ظهر الملك في الجارية من الأصل يدخل في الأولاد.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

ثُمَّ قِيلَ(*): يدخُلُ الوَلَدُ فِي القَضَاءِ بِالأُمِّ تَبَعا، وَقِيلَ: يُشتَرَطُ القَضَاءُ بِالوَلَدِ، وَإِلَيهِ تُشِيرُ المَسَائِلُ، فَإِنَّ القَاضِيَ إِذَا لَم يَعلَم بِالزَّوَائِدِ. قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لَا تَدخُلُ الزَّوَائِدُ فِي الحُكمِ، فَكَذَا الوَلَدُ إِذَا كَانَ فِي يَدِ غَيرِهِ لَا يَدخُلُ تَحتَ الحُكمِ بِالأُمِّ تَبَعا.

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى عَبدًا فَإِذَا هُوَ حُرٌّ وَقَد قَالَ العَبدُ لِلمُشتَرِي: اشتَرِنِي فَإِنِّي عَبدٌ لَهُ، فَإِن كَانَ البَائِعُ حَاضِرًا أَو غَائِبًا غَيبَة مَعرُوفَة لَم يَكُن عَلَى العَبدِ شَيءٌ، وَإِن كَانَ البَائِعُ لَا يُدرَى أَينَ هُوَ: رَجَعَ المُشتَرِي عَلَى العَبدِ وَرَجَعَ هُوَ عَلَى البَائِعِ، وَإِن ارتَهَنَ عَبدا مُقِرًّا بِالعُبُودِيَّةِ فَوَجَدَهُ حُرًّا لَم يَرجع عَلَيهِ عَلَى كُلِّ حَال).

وقال بعضهم: يشترط القضاء بالولد، وهو الأصح؛ لأن الولد يوم القضاء منفصلٌ عن أمه، أصلٌ بنفسه، فلا بدَّ له من الحكم مقصودًا[1]، ويدل عليه ما قال محمد بأن القاضي إذا لم يعلم بالزوائد لا تدخل الزوائد تحت القضاء. كذا ذكره التمرتاشي.

وكذا إذا كان الزوائد في يد آخر وهو غائب، لم يدخل؛ لما ذكرنا أنها منفصلة عن الأصل [١٣١/ب] يوم القضاء، فعدم دخول الولد إذا كان في يد الغائب في القضاء بالأم ـ دليلٌ على أن القضاء شرط في الولد، وإلا يدخلْ؛ لأن القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر ـ وهو الأم ـ يجوز، وحيث لم يدخل تحت القضاء بالأم إذا كان في يد الغائب؛ لكونه قضاء على الغائب، دلَّ على أنه يشترط القضاء بالولد.

قوله: (**اشْتَرِنِي فَإِنِّي عَبْدٌ لَهُ**)، وإنما قيد بهذَيْن القيدَيْن؛ لأنه لو قال وقت البيع: إني عبد ولم يأمره بالشراء، أو قال: اشترني ولم يقل: إني عبد لا يرجع عليه بالثمن في قولهم. كذا ذكره الإمام التمرتاشي في جامعه محالًا إلى شيخ الإسلام خواهر زاده.

(**غيبة معروفة**) أي يُدْرَى مكانه (**ويرجع**) هو أي: العبد على البائع إذا قدر

(*) الراجح: قول القيل.

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٣٠٥).

وَعَن أَبِي يُوسُفَ ﷺ: أَنَّهُ لَا يَرجِعُ فِيهِمَا(*)، لِأَنَّ الرُّجُوعَ بِالمُعَاوَضَةِ أَو بِالكَفَالَةِ، وَالمَوجُودُ لَيسَ إِلَّا الإِخبَارُ كَاذِبًا، فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ الأَجنَبِيُّ ذَلِكَ أَو قَالَ العَبدُ: ارتَهِنِّي فَإِنِّي عَبدٌ وَهِيَ المَسأَلَةُ الثَّانِيَةُ. وَلَهُمَا: أَنَّ المُشتَرِيَ شَرَعَ فِي الشِّرَاءِ مُعتَمِدًا عَلَى مَا أَمَرَهُ وَإِقرَارِهِ أَنِّي عَبدٌ، إِذ القَولُ لَهُ فِي الحُرِّيَّةِ فَيُجعَلُ العَبدُ

عليه وإن لم يأمر البائع بالضمان؛ لأنه أدّى دَيْنه وهو مضطر إلى ذلك، فصار كمعير الرهن(١). كذا في شرح الجامع(٢) لقاضي خان والتمرتاشي والمرغيناني.

بخلاف الراهن، فإن العبد لو قال: ارتهنيّ فإني عبدٌ، فارتهنه فإذا هو حرٌ - لا يرجع المرتهن على العبد بدَيْنِه، سواء كان البائع حاضرًا أو غائبًا يُدرَى مكانُه أو لا.

(لا يرجع فيهما) أي: في البيع والرهن؛ لأن ضمان الثمن ووجوبه بالمبايعة أو بالكفالة، ولم توجد واحدة منهما، وإنما الموجود منه الإخبار كاذبًا، وذا لا يوجب الضمان، كما في الأجنبي والرهن، ولو كان سببًا للضمان لما افترق الحال بين حضرة المولى وغيبته(٣).

(ولهما) أي: لأبي حنيفة ومحمد، وذُكِر في جامع شمس الأئمة قول محمد مع أبي يوسف.

وفي جامع قاضي خان: وجه ظاهر الرواية أن المشتري أقدم على الشراء معتمدًا على كلامه، فصار بمنزلة المغرور من جهته، والغَرَر في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض تُجعَل سببًا للضمان؛ دفعًا للغرور بقدر الإمكان، كالمولى إذا قال لأهل السوق: قد أذنت له. إلى آخره.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) هو حبس الشيء بحق، يمكن أخذه منه، وهو أيضا جعل عين مالية وثيقة بدين لازم أو آيل إلى اللزوم. انظر: التعريفات للجرجاني (١/ ١٠٣٢)، التوقيف على مهمات التعاريف (١/ ١٨٢)، معجم لغة الفقهاء (١/ ٢٢٧).

(٢) الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير (١٣٥٧) لأبي الحسنات محمد بن عبد الحي بن عبد الحليم اللكنوي.

(٣) انظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٠٠)، والبحر الرائق (٦/ ١٥٧).

بِالأَمرِ بِالشِّرَاءِ ضَامِنًا لِلثَّمَنِ لَهُ عِندَ تَعَذُّرِ رُجُوعِهِ عَلَى البَائِعِ دَفعًا لِلغُرُورِ وَالضَّرَرِ، وَلَا تَعَذُّرَ إِلَّا فِيمَا لَا يُعرَفُ مَكَانُهُ، وَالبَيعُ عَقدُ مُعَاوَضَة، فَأَمكَنَ أَن يُجعَلَ الآمِرُ بِهِ ضَامِنًا لِلسَّلَامَةِ كَمَا هُوَ مُوجِبُهُ، بِخِلَافِ الرَّهنِ، لِأَنَّهُ لَيسَ بِمُعَاوَضَة، بَل هُوَ وَثِيقَةٌ لِاستِيفَاءِ عَينِ حَقِّهِ حَتَّى يَجُوزُ الرَّهنُ بِبَدَلِ الصَّرفِ، وَالمُسَلَّمِ فِيهِ مَعَ حُرمَةِ الِاستِبدَالِ، فَلَا يُجعَلُ الأَمرُ بِهِ ضَمَانًا لِلسَّلَامَةِ، وَبِخِلَافِ الأَجنَبِيِّ، لِأَنَّهُ لَا يُعبَأُ بِقَولِهِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الغُرُورُ.

وَنَظِيرُ مَسأَلَتِنَا: قَولُ المَولَى: بَايِعُوا عَبدِي هَذَا فَإِنِّي قَد أَذِنت لَهُ، ثُمَّ ظَهَرَ الِاستِحقَاقُ، فَإِنَّهُم يَرجِعُونَ عَلَيهِ بِقِيمَتِهِ، ثُمَّ فِي وَضعِ المَسأَلَةِ ضَربُ إِشكَال عَلَى قَولِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، لِأَنَّ الدَّعوَى شَرطٌ فِي حُرِّيَّةِ العَبدِ عِندَهُ، وَالتَّنَاقُضُ يُفسِدُ الدَّعوَى. وَقِيلَ: إِذَا كَانَ الوَضعُ فِي حُرِّيَّةِ الأَصلِ، فَالدَّعوَى فِيهَا لَيسَ بِشَرط

(كما هو مُوجبه) أي: مُوجب عقد المعاوضة، وهو سلامة العوض، يعني الثمن يجب بالبيع، فجاز الأمرُ به ضمانًا؛ لأنه ساعٍ في إتلاف ماله.

(بخلاف الرهن؛ لأنه) أي: عقدُ الرهن **(ليس بمعاوضة)** فلا يكون الأمرُ به ضمانًا؛ لأنه حينئذٍ يكون ساعيًا في إتلاف ماله؛ ولهذا لا يصح الرهن برأس مال السَّلَم والمسلم فيه، وإذا هلك يقع الاستيفاء، ولو كان معاوضة لكان استبدالًا برأس مال السَّلَم أو بالمسلم فيه، وهو حرامٌ، وكذا في بدل الصرف، فلم يكن هذا غرورًا في عقد معاوضة، فلا ينهض سببًا للضمان.

ولهذا قلنا: لو سأل رجل غيره عن أمن الطريق فقال له: اسلك فإنه آمنٌ، فسلكه فسلب اللصوص أمواله؛ لم يضمن المخبر بشيء؛ لأنه غرورٌ فيما ليس بمعاوضة، وكذا لو قال: كُل هذا الطعام فإنه غير مسموم، فأكل ثم ظهر بخلافه لا يضمن أيضًا.

قوله: (وبخلاف الأجنبي) عطف على قوله: **(بخلاف الرهن)** يعني: إخبار الأجنبي بكونه عبدًا لا يفضي إلى البيع؛ لأنه غير معتبر، والمشتري لا يعتمد على قوله، فلا يتحقق الغرور.

(ضَرْبُ إشكالٍ على [قولة][1] أبي حنيفة):

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

عِندَهُ لِتَضَمُّنِهِ تَحرِيمَ فَرجِ الأُمِّ. وَقِيلَ: هُوَ شَرطٌ لَكِنَّ التَّنَاقُضَ غَيرُ مَانِعٍ لِخَفَاءِ

وفي الكافي: فإن قيل: قوله: (فإذا هو حر) مُشكِل على قول أبي حنيفة؛ لأن ثبوت الحرية يكون بالقضاءِ، والقضاءُ بالشهادةِ، ودعوى العبد شرطٌ للشهادة القائمة على الحرية عنده، ولا تُسمَع دعواه؛ لأن التناقض مُفسد للدعوى، فكيف يُثبِت الحرية؟

قلنا: قد أجاب عنه بعض مشايخنا بأن الوضع في حرية الأصل والدعوى فيها ليس بشرطٍ عنده؛ لأنها لا تخلو من حُرمة فرجِ الأم؛ إذِ الشهود يفتقرون في شهادتهم إلى تعيين الأم حتى إذا خلت عنها كانت الدعوى شرطًا، والتناقض إنما يمنع من حيث إنه يعدم الدعوى، فإذا لم تكن دعوى العبد في حرية الأصل شرطًا عنده فلا عبرة بالتناقض.

والصحيح(١) أن دعوى العبد عند أبي حنيفة شرطٌ في دعوى حرية الأصل وفي العتق العارض، لكن التناقض لا يمنع صحة الدعوى وصحة الشهادة، أما في حرية الأصل؛ فلخفاء حال العلوق؛ فإن الولد يُجلب من دار الحرب صغيرًا ولا يعلم بحرية أمه وأبيه فيُقِر بالرق، ثم يعلم بحرية أمه وأبيه فيدَّعي الحرية، والتناقض فيما طريقه طريق الخفاء لا يمنع صحة الدعوى، وأما في العتق العارض؛ فلأن المولى ينفرد بالإعتاق بلا علم العبد، فيجري فيه الخفاء أيضًا، فيُجعَل التناقض عفوًا، كما لو اختلعت امرأة ثم أقامت بيّنة على أنه طلقها ثلاثًا قبل الخلع فإنها تُسمَع وإن تناقضت؛ للخفاء [٢/ ١٣٢/ أ] في تطلقيه؛ لاستبداده به، وكما لو أقام المكاتب بيّنة على إعتاق سَيدِه قبل الكتابة فإنها تُقبل؛ لاستبداد سيده بالتحرير.

(عنده) أي: عند أبي حنيفة، وعندهما ليس بشرط أصلًا.

وفي فتاوى العتابي: الإقرار بالرق يثبت بالصريح بأن قال: أنا عبد، وبالدلالة بأن باعه وتسلّمه أو وهبه أو دفعه بجناية وهو يعقل، ويسكت - فهو إقرار، أما لو آجَرَه أو عرضه على البيع أو ساومه فالسكوت لا يكون إقرارًا

---

(١) انظر: المحيط البرهاني (٧/ ٣٠)، والعناية شرح الهداية (٧/ ٤٧)، والبناية (٨/ ٣٠٨).

العَلُوقِ، وَإِن كَانَ الوَضعُ فِي الإِعتَاقِ، فَالتَّنَاقُضُ لَا يَمنَعُ لِاستِبدَادِ المَولَى بِهِ، فَصَارَ كَالمُختَلِعَةِ تُقِيمُ البَيِّنَةَ عَلَى الطَّلَقَاتِ الثَّلَاثِ قَبلَ الخُلعِ، وَالمُكَاتَبِ يُقِيمُهَا عَلَى الإِعتَاقِ قَبلَ الكِتَابَةِ.

قَالَ: (وَمَن ادَّعَى حَقًّا فِي دَار) مَعنَاهُ: حَقًّا مَجهُولًا (فَصَالَحَهُ الَّذِي فِي يَدِهِ عَلَى مِائَة دِرهَم، فَاستُحِقَّتِ الدَّارُ إِلَّا ذِرَاعا مِنهَا، لَم يَرجِع بِشَيء) لِأَنَّ لِلمُدَّعِي أَن يَقُولَ: دَعوَايَ فِي هَذَا البَاقِي.

بالرق، وكذا لو قال: كاتِبني أو أعتِقني أو بِعني من نفسي، أو قَبِل العتق بمال أو الكتابة؛ فكله لا يكون إقرارًا بالرق.

(تقيم البينة على الطَّلَقات الثلاث) وإنما قيّد بالثلاث؛ لأن فيما وراءها يمكن أن يقيم الزوج أنه قد تزوجها بعد الطلاق الذي أثبتته المرأة ببيِّنتها قبل يوم أو يومين، وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك، ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخُلع[١] والكتابة بعد إقامتهما البيّنة على ما ادَّعياه.

ثم اعلم هاهنا مسألة الجامع الكبير، وهي[٢] الأصل في مسائل الاستحقاق، وهي:

رجل اشترى من آخر ثوبًا فَقطَّعه وخَاطه قميصًا، ثم استحقّ القميص بالبيّنة؛ فالمشتري لا يرجع بالثمن على البائع؛ لأن الاستحقاق ما ورد في ملك البائع؛ لأن ملكه ينقطع بالخياطة؛ فإن مَن غصب مِن آخر ثوبًا وقطعه قميصًا وخاطه ينقطع عنه حق المالك إلى الضمان، فكان الاستحقاق واردًا على حدوث ملك المُشتري، فالاستحقاق إذا ورد على ملك البائع من الأصل يرجع، أعني به الملك من الأصل، ولو ورد على حدوث ملك المشتري ـ أعني به مقصورًا على ملك المشتري ـ لا يرجع. كذا في الجامع الصغير لصدر الدين الحميد.

---

(١) وهو إزالة ملك النكاح بأخذ المال، وخالعت المرأة زوجها، أي: افتدت منه. انظر: التعريفات للجرجاني (١/ ١٠١)، التوقيف على مهمات التعاريف (١/ ١٥٩)، القاموس الفقهي (١/ ٢٨١)، معجم لغة الفقهاء (١/ ١٩٩).

(٢) في الأصل: (هو)، والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَإِن ادَّعَاهَا كُلَّهَا فَصَالَحَهُ عَلَى مِائَةِ دِرهَم فَاستُحِقَّ مِنهَا شَيءٌ رَجَعَ بِحِسَابِهِ) لِأَنَّ التَّوفِيقَ غَيرُ مُمكِن، فَوَجَبَ الرُّجُوعُ بِبَدَلِهِ عِندَ فَوَاتِ سَلَامَةِ المُبدَلِ، وَدَلَّت المَسأَلَةُ عَلَى أَنَّ الصُّلحَ عَن المَجهُولِ عَلَى مَعلُوم جَائِزٌ، لِأَنَّ الجَهَالَةَ فِيمَا يَسقُطُ لَا تُفضِي إِلَى المُنَازَعَةِ. وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: (ودلت المسألة)، فالمسألة دلت على شيئين:

أحدهما: (أن الصلح عن المجهول على معلوم جائز)(١).

والثاني: أن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصُّلح؛ لأن دعوى الحق في الدار ليست بصحيحة؛ لجهالة المدعى به، ولو أقام البينة عليه لا تقبل بينته إلا إذا ادَّعى إقرار المُدّعى عليه بحق؛ فحينئذٍ تصح الدعوى وتقبل البينة. كذا في الفوائد الظهيرية.

نظيره ما ذُكِر في المبسوط(٢): أي شهدا أن له فيها طريقًا قُبِلَت الشهادة.

قيل: تأويله: إذا شهدا على إقرار الخصم بذلك، فأما لو شهدا على الثبات؛ لا تُقبل الشهادة؛ لجهالة المشهود به.

قال شمس الأئمة: والأصح أنها تُقبل، وإنما يمنع قبول الشهادة إذا تعذَّر القضاء بها، وهنا لا يتعذَّر؛ لأن عَرْض الباب يُجعَل حكمًا فيكون عرض الطريق بقدره، وفي هذا إشارة إلى أن دعوى الحق في الدار لا تصح، وبهذا يتبين ضعف ما يقال: أن الصُّلح شُرع لافتداء اليمين؛ لأن اليمين لا تجب هنا؛ لامتناع صحة الدعوى. كذا في بعض الفوائد.

وذكر الكرخي أن صحة الدعوى شرطٌ لصحة الصُّلح على الإنكار؛ لأن ما يأخذه المدعي يأخذه بدلًا عن حقه الذي ادَّعاه، فلا بدَّ من أن تكون الدعوى صحيحة لتُجعَل كالثابت، والله أعلم.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٠٢)، البناية (٨/ ٣١٠)، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/ ٣٢٠).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٩٣).

....

مسائل تتعلق بهذا الباب

اشترى أمَةً وقبضها فادَّعى أنها حُرّة الأصل، أو ملك فلان أو مُعتَقَتِه أو مُدَبِّرته أو أم ولده وصدَّقه فلان، أو حلف المُشتري فنكل ـ لا يرجع بالثمن على البائع لأن الإقرار حجَّة في حَقِه دون غيره، والنكول من المختار بمنزلة الإقرار، بخلاف الوكيل بالبيع إذا ردَّ عليه المبيع بعيب بنكوله، حيث يلزم الموكِّل؛ لأن النكول من المضطر بمنزلة البيّنة، وهو مضطر في النكول إذا لم يعلم عيبه أو سلامته فكان نكوله كالبيّنة.

ولو برهن المُشتري على أنه ملك المستحق ـ لا تقبل لتناقضه في الدعوى؛ إذ إقدامه على الشراء إقرار منه بملك البائع فإذا ادعى لغيره كان تناقضًا.

ولو برهن على إقرار البائع أنها ملك المستحق ـ تقبل لأنه غير متناقض.

ولو برهن أنها حرة الأصل وهي تَدّعي، أو برهن أنها ملك فلان وهو أعتقها أو دَبّرها أو استولدها قبل شرائه؛ تُقبل ويرجع بالثمن على البائع؛ لأن التناقض في دعوى الحرية وفروعها لا يمنع صحة الدعوى، فتبيّن أن ما قبضه ثمن الحُر أو أم الولد أو المُدَبِّر، فيجب عليه رده.

باع عقارًا ثم برهن أنه باع ما هو وقف ـ لا يُقبل؛ لأن مجرد الوقف لا يزيل الملك، بخلاف الإعتاق.

ولو برهن أنه وقف محكوم بلزومه تقبل.

باعها ثم باعها المشتري ثم باعها الثاني ثم استحقت بقضاء؛ فهو قضاء على الكل حتى يرجع بعضهم على بعض.

ولو ادّعى أحدهم أنها مُلكُه لا يسمع؛ لأن الكل صار مقضيًّا [٢/ ١٣٢/ ب] عليهم بالقضاء على المشتري الآخِر.

ولو برهن في يد المشتري الآخر أنها حرة الأصل أو معتقة أو مُدبّرة أو أم ولد فلان ـ تُقبل، ويرجع الكل.

ولو برهن رجل منهم أنها أَمَته أعتقها بعد شراء المشتري الآخر لا يرجع بعضهم على بعض؛ لأنه ليس من ضرورة فيتراجعون بالثمن.

فَصلٌ فِي بَيعِ الفُضُولِيِّ

ولو باع أَمَةً ولم يقبضها المشتري ثم ادَّعى رجل أنها له لا تسمع دعواه حتى يحضر المشتري والبائع؛ لأن الملك للمشتري واليد للبائع، والمُدَّعي يدّعيهما، فكان القضاء عليهما بشرط حضورهما.

ولو قُضِي له بها بحضرتهما، ثم برهن البائع أو المشتري أن المُستحق باعها من البائع، ثم باعها من البائع، ثم هو باعها من المشتري ـ قُبِل ولزم البيع؛ لأنه يقرر القضاء الأول ولا ينقضه.

ولو فسخ القاضي البيع بطلب المشتري، ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه فأخذها، وتبقى له ولا يعود البيع المنتقض.

ولو برهن المستحق بعد قبض المشتري الأمة فقُضِي بها له، ثم برهن البائع على المستحق منه بعد الفسخ ـ تبقى الأَمَة للبائع عند أبي حنيفة، وليس له أن يلزمها على المشتري؛ لنفوذ القضاء بالفسخ ظاهرًا وباطنًا عنده.

ولو باعها المشتري بعد القبض وسلمها فاستحقت، فبرهن المشتري الثاني على بيع المستحق من بائع بائعه تقبل؛ لأنه خصم.

ولو برهن البائع الأول أن المستحق أمره ببيعها، وهلك الثمن في يده ـ يقبل.

ولو استهلكه أو رَدَّه لا يقبل.

فَصْلٌ فِي بَيْعِ الْفُضُولِيِّ

مناسبة هذا الفصل بابَ الاستحقاق ظاهر؛ لأن بيع الفضوليّ صورة من صور الاستحقاق؛ لأن المستحق يقول عند الدعوى: هذا ملكي، ومن باعك إنما باعك بغير إذني؛ فهو عين بيع الفضوليّ.

الفُضوليّ، بضم الفاء لا غير. وفي المغرب: الفضل: الزيادة، وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه حتى قيل:

فُضُولٌ بِلا فَضْلٍ... وطُولٌ بِلا طَوْلٍ...[1]

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب (ص ٣٦٢).
وتمام البيت فيه:
فُضُولٌ بِلاَ فَضلٍ وَسِنٌّ بِلاَ سِنٍّ وَطُولٌ بِلاَ طَوْلٍ وَعَرْضٌ بِلاَ عِرْضِ

قَالَ: (وَمَن بَاعَ مِلكَ غَيرِهِ بِغَيرِ أَمرِهِ، فَالمَالِكُ بِالخِيَارِ، إن شَاءَ أَجَازَ البَيعَ؛ وَإِن شَاءَ فَسَخَ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﵀: لَا يَنعَقِدُ، لِأَنَّهُ لَم يَصدُر عَن وِلَايَة شَرعِيَّة، لِأَنَّهَا بِالمِلكِ أَو بِإِذنِ المَالِكِ وَقَد فُقِدَا، وَلَا انعِقَادَ إِلَّا بِالقُدرَةِ الشَّرعِيَّة.

ثم قيل لمن يشتغل بما لا يعنيه: فُضوليّ؛ لأنه صار بالغلبة كالعَلَم له، ولم يَصِرْ إلى واحده في النَّسبِ، كما في أعرابي وأنصاري.

وهو في اصطلاح الفقهاء: مَن ليس بوكيل، وفتح الفاء خطأ[1].

قوله: (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَنْعَقِدُ)[2]، وبه قال أحمد في رواية[3] فعند الشافعي تصرفات الفضوليّ كلها باطلة في الجديد، ولا تتوقف على الإجازة؛ لأنه أجاز التصرف إلى محل لا ولاية له عليه.

(لأنه) أي: البيع **(لم يصدر عن ولاية شرعية)** احترز به عن الولاية الحسيّة، فإنها تثبت بمجرد اليد، سواء كانت اليد حقًّا أو لا **(فإنها)** أي: الولاية الشرعيّة **(بالمِلكِ)**، أي: تثبت به.

(بالقدرة الشرعية) أي: الولاية الشرعيّة، وقد عقدت[4].

وفي شرح الوجيز: روي أنه ﷺ قال لحكيم بن حزام: «**لا تَبعْ ما ليس عندك**» ولأن [بيع][5] الآبق غير صحيح مع كونه مملوكًا؛ لعدم القدرة على التسليم، وما لا ملك فيه ولا قدرة على تسليمه أولى[6].

وفي القديم: يتوقف على الإجازة، وبه قال أبو حنيفة[7] ومالك[8] وأحمد في رواية[9] لما رُوِيَ أنه ﷺ دفع دينارًا إلى عروة البارقي ليشتري له به شاة

---

(١) انظر: المغرب في ترتيب المعرب (ص ٣٦٢) والتعريفات للجرجاني (١/ ١٦٧).
(٢) انظر: نهاية المطلب (٧/ ٥٩)، المجموع (٩/ ٢٦٠).
(٣) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٣/ ٥).
(٤) كذا في الأصول الخطية، وتقدم في المتن: (وقال الشافعي رحمه الله: لا ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية؛ لأنها بالملك، أو بإذن المالك، وقد فقدا، ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية).
(٥) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٦) العزيز شرح الوجيز (٤/ ٣١).
(٧) انظر: المبسوط للسرخسي(٥/ ٢١).
(٨) انظر: بداية المجتهد (٢/ ١٨٩).
(٩) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٣/ ٥).

....

للأضحية، فاشترى شاتين، وباع إحداهما بدينار، وجاء بِشاة ودينار إلى النّبيّ ﷺ، فقال ﷺ: «**بَارَكَ اللهُ فِي صَفْقَتِكَ**»(١) وقد باع الشاة الثانية من غير إذن النّبيّ ﷺ فأجازه، والقولان جاريان في التزوج والطلاق والعتاق والإجارة والهبة بغير الإذن.

وفي المبسوط(٢): وكذا كل ما له مُجيز حال وقوعه من العقود والفسوخ والنكاح والطلاق فهو على الخلاف.

له نهيه ﵇، نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ومطلق النهي يوجب فساد المنهي عنه، وكونه غير مشروع عنده، ولأنه ﵇ نهى عن بيع ما لم يُقبض، [فَلَأَنْ يكون بيع ما لم يقبض](٣) وما لم يملك منهيًّا عنه ـ أولى، ولأنه تصرف صادف محلًّا لا ولاية له عليه فيلغو، كبيع الطير في الهواء، والسمك في الماء، وبيع الآبق، فإنه لا ينفذ وإن أخذه بعد ذلك ورجع من الإباق، والانعقاد يختص بمحل له ولاية، فإذا انعدمت الولاية صار ذلك بمنزلة انعدام الأهلية في المتصرف، وذلك يوجب إلغاءه، كالصبي والمجنون إذا طلّق امرأته يلغو ولا ينفذ، وإن أجازه بعد البلوغ.

ولنا: ما رُويَ أنه ﷺ دفع دينارًا إلى حكيم بن حزام ليشتري له أضحية فاشترى شاةً ثم باعها بدينارين، ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الآخر إلى النّبيّ ﷺ وأخبره بذلك، [٢/ ١٣٣/ أ] فقال ﷺ: «**بَارَكَ اللهُ فِي**

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٩٢ رقم ٢٨٢٤)، وأحمد (٤/ ٣٧٦ رقم ١٩٣٨١) من حديث عن عروة بن أبي الجعد البارقي قال: عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني دينارًا، وقال: «أي عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة»، فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت منه شاتين بدينار فجئت أسوقهما، أو فلقيني رجل فساومني فأبيعه شاة بدينار، فجئت بالدينار وجئت بالشاة، فقلت: يا رسول الله، هذا ديناركم، وهذه شاتكم، قال: «وصنعت كيف؟» قال: فحدثته الحديث، فقال: «اللهم بارك له في صفقة يمينه»، فلقد رأيتني أقف بكناسة الكوفة فاربح أربعين ألفًا قبل ان أصل إلى أهلي، وكان يشترى الجواري ويبيع.

(٢) المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٥٣).

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

....

صَفْقَتَكَ، **فأمّا الشّاةُ فَضَحِّ بِها، وأمّا الدينَارُ فَتَصدّقْ بِهِ»**[١] فقد باع ما اشترى له ﷺ بغير أمره، وأجاز ﷺ بيعه، وفي كتب الحديث ذَكر عروة البارقي مكان حكيم بن حزام.

[ولا يجوز بأن يقال: بأن حكيم بن حزام][٢] كان وكيلًا مطلقًا بالبيع والشراء؛ لأن [هذا][٣] شيء لا يمكن إثباته بغير نقل، ولو كان النقل على سبيل المدح له، والمنقول أنه ﷺ أمره أن يشتري له أضحية، إلى آخره.

والمعنى أن هذا التَّصرف صدر من أهله؛ لأنه عاقل بالغ في محله؛ لكونه[٤] مالًا متقومًا؛ ولهذا لو باعه بالإذن جاز، وما ليس بمحلٍ لا يصير محلًا بالإذن، فينعقد ولا يلغو، كما لو حصل من المالك، وكالوصيّة بالمال ممن عليه الدين، وبأكثر من الثلث ممن لا دين عليه، ثم قد يمتنع نفوذ التصرف الصادر من الأهل في المحل شرعًا لمانع، فيتوقف النفوذ على زوال ذلك المانع بالإجازة.

فإن قيل: اعتبار التصرف شرعًا لحكمه لا لعينه، والمراد بالأسباب الشرعيّة أحكامها، واشتراط الملك في المحل لأجل الملك؛ إذِ التمليك لا يتحقق إلا من المالك، فإذا لم يكن مالكًا لغا تصرُّفه؛ لانعدام حكمه.

قلنا: في جوابه طريقان:

أحدهما: أن نقول لا نسلم عدم الحكم بهذا التصرف، بل يثبت حكم يليق بالسبب، فإنه ثبت بالسبب الموقوف ملك موقوف، كما يثبت بالسبب البات ملك باتَ؛ ولهذا لو أعتق المشتري ثم أجاز المالك البيع ـ نفذ عتقه؛ وهذا لأنه

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٥٦، برقم ٣٣٨٦)، والترمذي (٣/ ٥٥٠، برقم ١٢٥٧)، والدارقطني (٣/ ٣٩٢ رقم ٢٨٢٣).

قال الترمذي: لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٤) في الأصل: (لأنه)، والمثبت من النسخة الثانية.

....

لا ضرر على المالك في إثبات ملك موقوف بهذا السبب، كما لا ضرر عليه في انعقاد السبب، وإنما الضرر عليه في زوال ملكه، وبالملك الموقوف لا يزول ملكه البات.

والثاني: أن السبب إنما يلغو إذا خلا عن الحكم شرعًا، فأما إذا تأخر عنه الحكم فلا؛ لأن الحكم تارةً يتصل بالسبب، وتارةً يتأخر، كما في البيع بشرط الخيار، وهاهنا الحكم [يتأخر](١) إلى إجازة المالك فلا ينعدم أصلًا، وانعدامه في الحال لدفع ضرر المالك، وتأخره إلى إجازته توفيرًا لمنفعة عليه، فإنه إذا صار مستبدًا بالنظر إن شاء أجاز البيع وإن شاء أبطله، فيكون فيه محض منفعة، فينعقد في الحال، وتجعل إجازته في الانتهاء كإجازته في الابتداء، بخلاف بيع الطير في الهواء، والسمك في الماء، حيث لغا العقد هناك؛ لانعدام محله؛ فإن المحل غير مملوك أصلًا، فلا يكون قابلًا للتمليك.

وطلاق الصبي والمجنون؛ لانعدام الأهليّة في المتصرِّف فإن اعتبار تصرفنا(٢) فيما عقد توفير المنفعة عليه، لا فيما هو ضرر محض، فلا يُجعَل أهلًا له؛ ولهذا لا يملك الولي عليه أصلًا، حتى لو أذن الولي طلاقه لا يقع، بخلاف مال الغير، فإنه محل كحكم البيع، حتى يثبت فيه البيع بتصرف المالك أو بإذنه، وبخلاف الآبق(٣) والمبيع قبل القبض فإنه لا يصير لغوًا، بل ينعقد فاسدًا؛ لانعدام شرط الصحة، وهو القدرة على التسليم.

وتأويل الحديث: إن باعه، ثم اشتراه وأراد تسليمه بحكم ذلك العقد حيث لا يمكن؛ لأن الملك الحادث نفذ مقصورًا على الحال، وحكم السبب ليس هذا؛ بل حكمه ثبوت الملك للمشتري من حين العقد بالإجازة؛ ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة.

---

(١) مثبتة من المبسوط (١٣/ ١٥٥).
(٢) في النسخة الثانية: (تصرفه).
(٣) هو المملوك الذي يفر من مالكه قصدا، وقيل: الهارب. انظر: التعريفات للجرجاني (١/ ٧)، القاموس الفقهي (١/ ١٢)، معجم الفقهاء (١/ ٣٥).

وَلَنَا: أَنَّهُ تَصَرُّفُ تَمليك وَقَد صَدَرَ مِن أَهلِهِ فِي مَحَلِّهِ فَوَجَبَ القَولُ بِانعِقَادِهِ، إذ لَا ضَرَرَ فِيهِ لِلمَالِكِ مَعَ تَخيِيرِهِ، بَل فِيهِ نَفعُهُ حَيثُ يَكفِي مُؤنَةَ طَلَبِ المُشتَرِي وَقَرَارَ الثَّمَنِ وَغَيرِهِ، وَفِيهِ نَفعُ العَاقِدِ لِصَونِ كَلَامِهِ عَنِ الإلغَاءِ، وَفِيهِ نَفعُ المُشتَرِي

والدليل على هذا التأويل قصة الحديث، فإن حكيم بن حزام قال يا رسول الله: إن الرجل ليأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي، فأبيعها منه، ثم أدخل السوق فأشتريها فأسلمها، فقال ﷺ: «**لا تَبِعْ ما ليس عندك**»[١] الكل من المبسوط[٢]، وهذا قول صاحب الكتاب.

(ولنا أنه) أي: البيع **(تصرف تمليك)** إلى آخره، **(تصرف تمليك)**[٣]: هذا من قُبَيل إضافة العام إلى الخاص، كعلم الطب، وقيد التصرف بالتمليك احترازًا عن تصرف هو إسقاط، كالطلاق والعتاق بمال أو بغير مال من الصبي والمجنون، فإن هذه التصرفات منهما لا تصح، ولا تتوقف على إجازة الولي، ولا على إجازة نفسهما بعد البلوغ والإفاقة، بخلاف ما اشترى الصبي شيئًا، أو تزوَّج امرأة، أو زوَّج أَمَته؛ فإن هذه التصرفات منه تتوقف على إجازة الولي، أو إجازة نفسه بعد البلوغ، ولا يجوز بنفس البلوغ بغير إجازة بعده.

قال شيخي العلامة رحمه الله: إن تصرف الإسقاط كطلاق امرأة الغير يتوقف على الإجازة. ذكره في الجامع الكبير.

فكان قيد المصنف احترازًا عن تصرف إسقاط لا مجيز له، كالطلاق والعتاق من الصبي، ولكن في هذا الكلام نوع اشتباه، وقد صدر من أهله، وقد بيّنا بيان الأهليّة والمحليّة.

فإن قيل: يلزم على هذا طلاق الصبي العاقل، حيث لا ينعقد طلاقه، ولا يتوقف على الإجازة كما ذكرنا، مع أن الصبي أهل للكلام؛ ولهذا لو طلق امرأة غيره [٢/ ١٣٣/ب] بوكالته صح، والمحل موجود وهو المنكوحة.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٣ رقم ٣٥٠٥)، والترمذي (٢/ ٥٢٥ رقم ١٢٣٢)، والنسائي (٧/ ٢٨٩ رقم ٤٦١٣)، وابن ماجه (٢/ ٧٣٧ رقم ٢١٨٧) من حديث حكيم بن حزام ﷺ. وحسنه الترمذي.
(٢) المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٥٥).
(٣) في الأصل: (تمليك تصرف تمليك)، والمثبت من النسخة الثانية.

فَثَبَتَ لِلقُدرَةِ الشَّرعِيَّةِ تَحصِيلًا لِهَذِهِ الوُجُوهِ، كَيفَ وَإِنَّ الإِذنَ ثَابِتٌ دَلَالَة، لِأَنَّ

قلنا: ألحق الشرع هذا الصبي بالذي لا عقل له فيما يضره من الأحكام؛ نظرًا له، حتى لا يلزمه حقوق الله تعالى، فالتَحَق بالبهيمة، وطلاق امرأته إضرار به؛ لأنه إبطال ما شُرع مصلحة له كالهبة، فلا يبقى أهلًا للكلام من هذا الوجه، وامرأته لا تبقى محلًّا لإيقاع الطلاق عليها شرعًا؛ ولهذا لا يقع عليها بإجازة الولي، ولا بإجازة نفسه بعد البلوغ، فأما مال الغير أو امرأة الغير فمحل للطلاق والملك، ولا ضرر في اعتبار كلامه في هذا التصرف عليه لما ذكرنا، فلا يلغو. كذا في المبسوط(١).

قوله: (فَثَبَتَ لِلْقُدْرَةِ الشَّرْعِيَّةِ)، فإن قيل: العقد صدر من أهله مضافًا إلى محله عن ولاية شرعيّة فينبغي أن ينفذ.

[قلنا: إنما لم ينفذ لأن في النفاذ ضرر المالك، فيتوقف على إجازته.

فإن قيل: يشكل بشراء الفضوليّ، فإنه ينفذ على المشتري ولا يتوقف عندنا](٢).

قلنا: الأصل أن التصرف ينفذ على المباشر إذا وجد نفاذًا عليه، وإذا لم يجد نفاذًا عليه يتوقف، والفضولي في البيع ليس من أهل [أن](٣) ينفذ البيع عليه؛ لأنه باع [ملك](٤) غيره بغير إذنه، وأما المشتري الفضولي له صلاحية أن يشتري لنفسه، فينفذ على نفسه، أما في البيع ليس للبائع أن يبيع ملك غيره من نفسه، فلم يجد البيع نفاذًا على المباشر، فيتوقف. كذا في الإيضاح.

قوله: (كَيْفَ وَإِنَّ الْإِذْنَ ثَابِتٌ دَلَالَةً)، فإن قيل: لو كان الإذن ثابتًا دلالةً يكون الرِّضا من المالك متحققًا دلالةً، فينبغي ألا يثبت له الخيار.

قلنا: الإذن ثابتٌ دلالةً فيما هو نافع لا فيما هو ضار، وفي الانعقاد نفعٌ فيثبت في حقه، وفي النفاذ بدون اختياره ضرر، فلا يثبت الإذن في حقه. كذا في الإيضاح.

---

(١) المبسوط للسرخسي(١٣/ ٥٥).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

العَاقِلَ يَأْذَنُ فِي التَّصَرُّفِ النَّافِعِ، قَالَ: (وَلَهُ الإِجَازَةُ إِذَا كَانَ المَعقُودُ عَلَيهِ بَاقِيًا وَالمُتَعَاقِدَانِ بِحَالِهِمَا)، لِأَنَّ الإِجَازَةَ تَصَرُّفٌ فِي العَقدِ فَلَا بُدَّ مِن قِيَامِهِ وَذَلِكَ بِقِيَامِ العَاقِدَينِ وَالمَعقُودِ عَلَيهِ.

وَإِذَا أَجَازَ المَالِكُ كَانَ الثَّمَنُ مَملُوكًا لَهُ أَمَانَة فِي يَدِهِ بِمَنزِلَةِ الوَكِيلِ، لِأَنَّ الإِجَازَةَ اللَّاحِقَةَ بِمَنزِلَةِ الوَكَالَةِ السَّابِقَةِ، وَلِلفُضُولِيِّ أَن يَفسَخَ قَبلَ الإِجَازَةِ ....

قوله: (**وله**) أي: للمالك (**الإجازة**).

(**فلا بدَّ من قيامه**) أي: قيام العقد، (**وذلك**) أي: قيام العقد (**بقيام العاقدين**).

وفي الإيضاح: بيع الفضولي في حق وصف الجواز موقوفٌ على الإجازة، فأخذت الإجازة [حكم الإنشاء، فلا بد فيها من قيام المتعاقدين والمعقود عليها، كما في الإنشاء.

اعلم أن بقاء الفضولي إنما يُشترط لصحة الإجازة][(١)] في البيع لا في النكاح حتى [لو][(٢)] زوَّج رجل ابنته الصغيرة من رجل غائب، ثم مات الأب، وبلغ الزوجَ النكاحُ، فأجاز ذلك ـ فهو جائز، وهذا نصّ أن بموت الأب لا يبطل نكاح الصغيرة. كذا في الفصول الأُسْتُرُوشَنِّيَّة.

وأما إسقاط[(٣)] قيام المعقود عليه؛ فَلِمَا يأتي بعد ذلك.

(**مملوكًا له**) أي: للمالك (**أمانة في يده**) أي: في يد الفضولي.

قوله: (**بِمَنْزِلَةِ الْوَكَالَةِ السَّابِقَةِ**) من حيث إن كل واحدٍ منهما يثبت الحكم، أو من حيث إن كل واحدٍ منهما دافع للمانع؛ يعني: يثبت عنده الإجازة الملك للمشتري من وقت العقد، كما في الوكالة؛ ولهذا يستحق المبيع بالزوائد المتصلة والمنفصلة. ذكره في المبسوط.

فإن قيل: لا نُسلِّم أن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة؛ ألا ترى أن

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) كذا في الأصل: (إسقاط)، وفي النسخة الثانية: (اشتراط).

دَفعًا لِلحُقُوقِ عَن نَفسِهِ، بِخِلَافِ الفُضُولِيِّ فِي النِّكَاحِ، لِأَنَّهُ مُعَبِّرٌ مَحضٌ، ....

الفضولي إذا باع، والمشتري إذا باع من غيره أيضًا، ثم أجاز المالك بيع الفضولي لا ينفذ بيع المشتري منه، ولو كانت كالوكالة ينبغي أن تنفذ.

قلنا: إذا طرأ الملك الباتُّ على الملك الموقوف يبطل الموقوف، وهاهنا ملك المشتري من الفضولي يكون باتًّا بإجازة المالك، فيبطل ملك المشتري من مشتري الفضولي؛ لأنه موقوف، كما لو تزوّجت أمَة الغير بغير إذن المالك فأجاز وارثه النكاح لا يجوز؛ لما قلنا: إن الملك البات إذا طرأ على الملك الموقوف أبطله، كما يجيء.

(دفعًا للحقوق عن نفسه) لما أن الحقوق ترجع إلى الوكيل، وهو بالإجازة يصير بمنزلته في رجوع الحقوق إليه، فله أن يفسخه لدفع الضرر عن نفسه، وكذلك للمشتري أن يفسخه.

فإن قيل: في القول بجواز فسخه قبل الإجازة ضرر المالك؛ لما ذكرنا أن للمالك فيه نفعًا، فيفوت ذلك بالفَسخ.

قلنا: ضرر المالك يحصل في ضمن دفع الضرر عن نفسه، [فلا يُعتبَر، أما في النكاح يلزم إضرار صاحب النكاح قصدًا، لا في ضمن دفع الضرر عن نفسه][١] فإن حقوقه ترجع إلى الزوج دون الفضوليّ، فافترقا.

(بخلاف الفضولي في النكاح) أي: لا يجوز له أن يفسخه قبل إجازة المفسوخ الموقوف له أو فسخه؛ لأن الحقوق لا ترجع إليه؛ لأنه سفير ومُعبِّر، فإذا عبر انتهى أمره، فصار بمنزلة الأجنبي، بخلاف الفضولي في البيع؛ لأنه لا ينتهي أمره بالبيع؛ لما ذكرنا أن الحقوق ترجع إليه.

قال شيخي العلامة صاحب النهاية رحمه الله: هذا إذا كان الفسخ بالقول، أما إذا كان الفسخ[٢] بالفعل، بأن زَوَّج الفضوليُّ رجلًا امرأةً برضاها، فقَبْلَ إجازتِه زَوَّجه أختها كان ذلك نقضًا للنكاح الأول، كذا ذكره في الفصول الأُسْتُرُوشَنِّيَّة.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) في الأصل: (القول)، والمثبت من النسخة الثانية.

هَذَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ دينا، فَإِن كَانَ عَرضًا مُعَيَّنًا، إِنَّمَا تَصِحُّ الإِجَازَةُ إِذَا كَانَ العَرَضَ بَاقِيًا أَيضًا. ثُمَّ الإِجَازَةُ إِجَازَةُ نقد لَا إِجَازَةُ عَقد حَتَّى يَكُونَ العَرضُ الثَّمَنُ مَملُوكًا

[٢/ ١٣٤/أ] **قوله: (هذا)** أي: ما قلنا من قيام المتعاقدين والمعقود عليه **(إذا كان الثمن دينًا)** في بيع الفضولي **(أما إذا كان الثمن عرضًا)** أي: مما يتعين بالتعيين، فيشترط قيامُه أيضًا للإجازة.

وفي شرح الطحاوي: لو كان الثمن دينًا فقيام أربعة أشياء شرطٌ لِلُحوق الإجازة: البائع والمشتري والمالك والمبيع، أما لو كان الثمن مما يتعين بالتعيين، إذا عُيِّن وعُوِّض، فهاهنا قيام خمسة أشياء شرط لِلُحقوق الإجازة: الأربعة المذكورة، والخامس قيام ذلك العَرَض، فلو أجاز المالك عند قيام الخمسة جاز البيعُ، ويكون العرض الثمن للبائع دون المجيز، وله أن يرجع على البائع بقيمته، إن لم يكن له مثل، وبمثله إن كان له مثل.

(ثم الإجازة إجازة نقد) أي: الإجازة في بيع المقابضة إجازة نقد [وهو أن يجيز المالك العاقد][(١)] أن ينقد بهذا العين المملوك له، وفي هذه الصورة لا يقع العقد للمالك؛ بل يقع للعاقد، ويصير كأنه قال[(٢)] المالك في الابتداء: اشترِ عبد فلان بجاريتي هذه؛ وذلك لأن في بيع المقابضة كل واحدٍ من الوصفين ممنوع[(٣)] من وجه، فيكون الفضولي يبيع مال الغير بالعرض مُشتريًا للعرض من وجه، والشراء لا يتوقف، بل يقع عن الفضولي فيكون الثمن ـ الذي هو العرض ـ ملكًا له، ونفذ عوضه[(٤)] بإجازة المالك، ولو كان من حيث إنه بيع يتوقف ولا ينفذ، لكن أُعطِيَ له حكم الشراء هاهنا جَعْلًا للموقوف تبعًا للنافذ؛ لكونها أقل من القلب؛ لأن النفاذ أصلٌ في تصرف العاقل، وإذا كان كذلك يصير الفضولي مستقرضًا للجارية، وإن كان لا يجوز القرض[(٥)] فيما لا مثل له؛ لأن القرض هنا

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (ملك)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) في النسخة الثانية: (من العوضين مبيع).
(٤) في النسخة الثانية: (نفذ عرض).
(٥) هو ما تعطيه لتتقاضاه، وشرعا: ما تعطيه من مثليّ لتتقاضاه، فلا يصح في القيميات وكل متفاوت، والدين أعم منه. انظر: التعريفات الفقهية (١/ ١٧٣).

لِلفُضُولِيِّ، وَعَلَيهِ مِثلُ المَبِيعِ إن كَانَ مِثلِيًّا أَو قِيمَتُهُ إن لَم يَكُن مِثلِيًّا، لِأَنَّهُ شِرَاءٌ مِن وَجه وَالشِّرَاءُ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الإِجَازَةِ.

يثبت مقتضيًا[(١)] لصحة الشراء، فتُراعَى فيه شرائط صحة المقتضي لا غير، كالكفيل بالمُسْلَم فيه إذا أداه من مال نفسه يصير مستقرضًا، حتى يرجعُ بقيمته إن كان ثوبًا؛ لأن الثوب مثلي في باب السَّلَم، فكذا فيما جُعِل تبعًا[(٢)]، فكذا هاهنا؛ إذْ لا صحة بشراء العبد إلا بقرض الجارية، والشراء مشروع كما في ضمنه يكون مشروعًا إليه. إليه أشير في المبسوط.

فإن قيل: لو كان في بيع المقابضة شراء الثمن من وجه لَما ملكه الوكيل بالبيع؛ لأن الشراء ضد البيع، وقد ملكه، خصوصًا على قول أبي حنيفة، على ما يجيء.

قلنا: إن أبا حنيفة يعتبر إطلاق لفظ الوكالة في غير موضع التُّهَمَة، والوكالة بإطلاقها تتناول البيع بالدين والعين كما تتناول البيع بالقليل والكثير؛ ولذلك يجري على إطلاقه.

قوله: (وَالشِّرَاءُ لَا يَتَوَقَّفُ) أي: ينفذ على المشتري، وبه قال الشافعي في الجديد[(٣)]. وقال في وجه: يفسد العقد. وقال في القديم[(٤)]: يتوقف الشراء على الإجازة كما في البيع، وبه قال مالك[(٥)] وأحمد في رواية[(٦)].

وقلنا: إن الثمن يلزم في ذمة المشتري، فيلزمه بالتزامه، فإذا لزم الثمن نفذ[(٧)] البيع بخلاف البيع؛ لأن قيامه بالمبيع، وهو ملك الغير، ويتضرر الغير بلزوم العقد، فقلنا بالتوقف؛ لأنه لا يتضرر الغير به.

وفي النهاية: الشراء إنما ينفذُ على المشتري إذا لم يُضِف المشتري

---

(١) في النسختين: (مقتضى).
(٢) في الأصل: (متبعًا)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) انظر: العزيز بشرح الوجيز (٨/ ١٢١)، وروضة الطالبين (٣/ ٣٥٥).
(٤) انظر: العزيز بشرح الوجيز (٤/ ٣١)، والمجموع شرح المهذب (٩/ ٢٦٠).
(٥) انظر: بداية المجتهد (٢/ ١٨٩). (٦) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٣/ ٥).
(٧) في النسخة الثانية: (يفسد).

وَلَو هَلَكَ المَالِكُ لَا يَنفُذُ بِإِجَازَةِ الوَارِثِ فِي الفَصلَينِ، ....

[الشراءَ][١] إلى آخر، ووجد الشراء النفاذ عليه، ولم يسبق التوكيل من آخر، فأما إذا كان كذلك فالشراء يتوقفُ أو ينفذ على الموكِّل، فإنه ذكر في شرح الطحاوي: ولو اشترى رجلٌ لرجلٍ شيئًا بغير أمره ـ كان ما اشتراه لنفسه، أجاز الذي اشتراه له أو لم يُجِزْه، أما إذا أضافه إلى آخر بأن قال للبائع: بِعْ عبدك من فلان بكذا، فقال: [بعت][٢]، وقَبِل المشتري هذا البيع لأجل فلان ـ فإنه يتوقف.

وفي شرح الوَجيز: لو اشترى بعين مال الغير، ففيه قولان: في قول: يتوقف. ولو قال: اشتريت لفلان بألف في ذمته، ففيه القولان أيضًا، أما لو اشترى وأطلق، ونوى كونه للغير، فعلى الجديد: يقع عن المباشر، وعلى القديم: يتوقف على الإجازة، فلو رُدَّ نفذ في حقه[٣].

قوله: (**لَا يَنفُذُ بإجازة الوارث**) أي: وارث المالك (**في الفصلين**) أي: فيما إذا كان الثمن دَينًا أو عَرَضًا[٤](فلا يجوز بإجازة غيره) أي: غير المالك.

فإن قيل: يشكل هذا إذا تزوجت أمة لرجل وطئها مولاها، فمات مولاها قبل الإجازة ـ يتوقف النكاح إلى إجازة الوارث، وهو الابن، حتى لو أجاز صح النكاح، وإلا فلا.

قلنا: عدم توقف تصرف الفضولي إلى إجازة الوارث [المعنى أنه ملك باتٌّ أو حل باتٌّ، طرأ على ملك موقوف أو حلّ موقوف، يُبطِله، فأما إذا لم يطرأ حل أو ملك لا يُبطِله، بل يتوقف إلى إجازة الوارث][٥] لأن المعنى من توقفه إلى إجازة المُورِّث كان رفعَ الضرر عنه، وفي هذا قام الوارث مَقامَه لدفع الضرر عن الوارث، وهاهنا لم يطرأ[٦] الحلّ الباتّ على الحلّ الموقوف؛ لأن الأمَة لا

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية. (٣) العزيز شرح الوجيز (٨/ ١٢٢).
(٤) العروض: جمع عرض وهو المتاع الذي لا يدخله كيل ولا وزن، ولا يكون حيوانا ولا عقارا، وهو في الأصل غير النقدين في المال. انظر: التعريفات الفقهية (١/ ١٤٦).
(٥) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٦) في الأصل: (وهاهنا لو نظر إلى)، والمثبت من النسخة الثانية.

لِأَنَّهُ تَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَةِ الْمُوَرِّثِ لِنَفسِهِ فَلَا يَجُوزُ بِإِجَازَةِ غَيرِهِ. وَلَو أَجَازَ الْمَالِكُ فِي حَيَاتِهِ وَلَا يَعلَمُ حَالَ الْمَبِيعِ ....

يُحلّ للابن وطؤها، حتى إنه لو حل وطؤها ـ بأن لم يطأها أبوه ـ يبطل النكاح أيضًا، ولم يتوقف لورود الحل البات.

ولو صورت المشتري [٢/ ١٣٤/ب] مقام الوارث فالحكم فيه أيضًا كذلك على التفصيل: إن كان المشتري ممن حلَّ وطؤها[١] ـ يَبطُل نكاحها، وإلا يتوقف إلى إجازته. إليه أشير في الفصول الأُسْتُرُوشَنِّيَّة مُحالًا إلى باب مخاطبة الجامع.

وفي شرح الطحاوي: ليس هذا كالقسمة عند أبي يوسف، فإن القسمة الموقوفة بإجازة الغائب جازت بإجازة ورثته بعد موته استحسانًا؛ لأنه لا فائدة في نقض القسمة ثم الإعادة.

ولو هَلك المبيع قبل الإجازة فللمالك أن يُضَمِّن أيَّهما شاء: البائعَ والمشتري، وأيَّهما يَخْتَرْ يَبْرَأِ الآخرُ من الضمان، فإن اختار تضمين المشتري بَطَل البيع، وإن اختار تضمين البائع يُنظَر: إن كان قبض البائع مضمونًا عليه نفذ بيعه؛ لأن سبب ملكه ـ وهو غصبه ـ تقدم، وإن كان قبض أمانة لا ينفذ بيعه؛ لأنه صار مضمونًا عليه بالتسليم بعد البيع بسبب الملك متأخر عن عقده، إلا إذا سَلَّمه أولًا ثم باعه، فصار كالمغصوب، هذا إذا باعه بثمن دين.

وإن باعه بعرض فهلك في يد البائع بطل البيع، ولا تلحقه الإجازة، ويَردُّ المبيع على صاحبه، ويضمن البائع للمشتري مثلَ العرض، أو قيمته إن كان قِيَمِيًّا؛ [لأنه][٢] قبضه بعقد فاسد، وتصرف البائع في العرض قبل لحوق الإجازة، قبل القبض ـ باطل، وبعد القبض بإذن المشتري صريحًا أو دلالةً ـ نافذ، ويلزمه قيمته أو مثله، وتصرف المشتري في المبيع قبل الإجازة باطل في الوجهين؛ لعدم إذن مالكه.

(**حالَ المبيع**) يعني قائم أو هالك وقت الإجازة.

---

(١) كذا بالأصول الخطية، وانظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٠٦).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

جَازَ البَيعُ فِي قَولِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ، أَوَّلًا، وَهُوَ قَولُ مُحَمَّد رَحِمَهُ اللهُ لِأَنَّ الأَصلَ بَقَاؤُهُ، ثُمَّ رَجَعَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ وَقَالَ: لَا يَصِحُّ حَتَّى يَعلَمَ قِيَامَهُ عِندَ الإِجَازَةِ، لِأَنَّ الشَّكَّ وَقَعَ فِي شَرطِ الإِجَازَةِ فَلَا يَثبُتُ مَعَ الشَّكِّ.

قَالَ: (وَمَن غَصَبَ عَبدًا فَبَاعَهُ وَأَعتَقَهُ المُشتَرِي، ثُمَّ أَجَازَ المَولَى البَيعَ، فَالعِتقُ جَائِزٌ) استِحسَانًا، وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يَجُوزُ(*) لِأَنَّهُ لَا عِتقَ بِدُونِ المِلكِ، قَالَ عَلَيهِ الصَّلَاةُ

(بقاؤه) أي: بقاء المعقود عليه؛ إذِ الظاهر بقاء ما وُجد.

(وقع في شرط الإجازة) وهو بقاء المبيع عند الإجازة[(١)].

قوله: (وقال محمد: لا يجوز) وهو رواية عن أبي يوسف[(٢)] وقول زفر والشافعي[(٣)] ومالك[(٤)] وأحمد[(٥)]، وهذه المسألة هي المسألة الثانية التي جرت المحاورَة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض هذا الكتاب عليه، فإن أبا يوسف قال: ما رَوَيْت لك عن أبي حنيفة أن العتق جائز، وإنما رَويْتُ أن العتق باطل. وقال محمد: بل رَوَيتَ لي أن العتق جائز.

ثم ما ذكر محمد قياسٌ، فوجهه: أن هذا العتق توقف نفوذه على إجازة مالك ظاهر الملك، وهو المغصوب منه، فلا يجوز أن ينفذ من جهة من يَحدُث له، كالمشتري بالخيار إذا أعتقه ثم أسقط خياره. كذا في جامع شمس الأئمة.

قال الإمام قاضي خان: حاصل الخلاف راجعٌ إلى أن بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم؛ لانعدام الولاية فكان الإعتاق حاصلًا في ملك الغير فبطل، كما لو باعه المشتري من الغاصب، وعندهما بيع الفضولي أوجب الملك على وجه التوقف؛ لأن الأصل في البيع المنعقد تعجيل الحكم والتراخي إلى

(*) الراجح: قول الشيخين.
(١) انظر: البناية (٨/ ٣١٧)، والعناية (٧/ ٥٦).
(٢) انظر: البحر الرائق (٦/ ١٦٥).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (٦/ ٥٥).
(٤) انظر: بداية المجتهد (٤/ ١٥١).
(٥) انظر: كشاف القناع (٤/ ١١٣)، المبدع (٥/ ٤٦).

وَالسَّلَامُ: «لَا عِتقَ فِيمَا لَا يَملِكُ ابنُ آدَمَ» وَالمَوقُوفُ لَا يُفِيدُ المِلكَ، وَلَو ثَبَتَ فِي الآخِرَةِ يَثبُتُ مُستَنِدًا وَهُوَ ثَابِتٌ مِن وَجه دُونَ وَجه، وَالمُصَحِّحُ لِلإِعتَاقِ المِلكُ الكَامِلُ لِمَا رَوَينَا، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ أَن يُعتِقَ الغَاصِبُ ثُمَّ يُؤَدِّيَ الضَّمَانَ، ....

وقت الإجازة؛ لدفع الضرر عن المالك، والضرر في النفاذ لا في ثبوت الملك على وجهٍ لا يثبت أثره في التصرفات الضارة، فإعتاق المُشتري صادف ملكًا موقوفًا، فيتوقف على الملك، وإنما لا ينفذ البيع الثاني؛ لأن المولى إذا أجاز البيع الأول ثبت الملك للمشتري الأول على البتات، وطُروء الملك البات على الملك الموقوف يُبطِل الموقوف، وهذا لا يوجد في الإعتاق، فينفذ إعتاق المشتري، والولاء له.

(والموقوف لا يفيد الملك) أي: في الحال، بالإجماع[١].

(ولو ثبت في الآخرة) أي: عند الإجازة **(وهو)** أي: الملك الثابت بطريق الاستناد **(ثابتٌ من وجه دون وجه)** فلا يصلح شرطًا للإعتاق بالحديث؛ إذْ فيه شبهة عدم الملك.

قوله: (وَالْمُصَحِّحُ لِلْإِعْتَاقِ: الْمِلْكُ الْكَامِلُ).

فإن قيل: يشكل على هذا إعتاق المولى المكاتب، فإنه لو أعتق عبده المكاتب يصح، والملك فيه ناقصٌ، بدليل حرمة الوطء للمُكَاتبة، بخلاف المدبرة، فإن الملك فيها كامل، والرق فيها ناقص.

قلنا: نعم كذلك، إلا أن الكتابةَ تنفسخ في ضمن الإعتاق؛ لما أن عقد الكتابة غير لازم في جانب العبد، وأنه [لما][٢] رضي بالإعتاق بالبدل كان أَرْضَى للإعتاق بلا بدل **(لما روينا)** أنه ﷺ قال: **«لا عِتْقَ»** الحديث.

(ثم يؤدي الضمان) فإن المضمونات[٣] تُملَك بأداء الضمان مستندًا إلى وقت الغصب.

---

(١) انظر: الإجماع لابن المنذر (ص: ٩٦ رقم ٤٨٥).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) في الأصل: (ثم يؤدي المضمونات، تملك...)، والمثبت من النسخة الثانية.

وَلَا أَن يُعتِقَ المُشتَرِي وَالخِيَارُ لِلبَائِعِ ثُمَّ يُجِيزُ البَائِعُ ذَلِكَ، وَكَذَا لَا يَصِحُّ بَيعُ المُشتَرِي مِن الغَاصِبِ فِيمَا نَحنُ فِيهِ مَعَ أَنَّهُ أَسرَعُ نَفَاذا حَتَّى نَفَذَ مِن الغَاصِبِ إِذَا أَدَّى الضَّمَانَ، وَكَذَا لَا يَصِحُّ إِعتَاقُ المُشتَرِي مِن الغَاصِبِ، إِذَا أَدَّى الغَاصِبُ الضَّمَانَ. وَلَهُمَا: أَنَّ المِلكَ ثَبَتَ مَوقُوفًا بِتَصَرُّف مُطلَق مَوضُوع لِإِفَادَةِ المِلكِ، وَلَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى مَا مَرَّ فَتَوَقَّفَ الإِعتَاقُ مُرَتَّبًا عَلَيهِ وَيَنفُذُ بِنَفَاذِهِ، فَصَارَ كَإِعتَاقِ المُشتَرِي مِن الرَّاهِنِ وَكَإِعتَاقِ الوَارِثِ عَبدا مِن التَّرِكَةِ، وَهِيَ مُستَغرِقَةٌ بِالدُّيُونِ ....

(ولا أن يعتق المشتري) أي: لا ينفذ إعتاقه، مع أن البيع بشرط الخِيار أقوى من بيع الفضولي؛ لأنه مُتّفَق على جوازه، والفضولي مختلف مع وجود رضا المالك على ثبوت الملك، بخلاف الفضولي.

(مع أنه) أي: البيع بشرط الخيار (أسرعُ نفاذًا) أي: أقل احتياجًا إلى الملك في النفوذ من العتق؛ لأن الغاصب إذا باع ثم أجاز المالك صح البيع، ولو أعتق [٢/ ١٣٥/أ] ثم أجازه المالك لا يصح الإعتاق، وكذا يصح بيع المُكَاتب والمأذون لا عتقهما.

(حتى نفذ) أي: البيع (من الغاصب) يعني إذا باع الغاصب ثم أدَّى الضمان ينفذ بيعه، ولو أعتق ثم أدى الضّمان لا ينفذ عتقه.

قوله: (مُطْلَقٍ) بفتح اللام، واحترز به عن العيب بشرط الخيار. وقيل: بكسر اللام، والأول أصح.

وقوله: (موضوع لإفادة الملك) احتراز عن الغصب؛ فإنه ليس بموضوع لإفادة الملك (فيه) أي: في إعتاق المشتري (على ما مرَّ) وهو قوله: (لا ضرر فيه) للمالك مع تخيره.

(عليه) أي: على الملك[1] الموقوف (وينفذ) أي: الإعتاق (بنفاذه) أي: بنفاذ المالك؛ لأنه من حقوقه، والشيء إذا نفذ نفذ بحقوقه، وإذا توقف توقف بحقوقه، (وصار) أي: إعتاق المشتري من الغاصب (كإعتاق المشتري من الراهن) فإنه يتوقف نفاذه على إجازة المرتهن أو فك الرهن، والجامع بينهما لأنه إعتاق في بيع موقوف.

---

(١) في الأصل: (المالك)، والمثبت من النسخة الثانية.

يَصِحُّ، وَيَنفُذُ إذَا قَضَى الدُّيُونَ بَعدَ ذَلِكَ، بِخِلَافِ إعتَاقِ الغَاصِبِ بِنَفسِهِ، لِأَنَّ الغَصبَ غَيرُ مَوضُوعٍ لِإِفَادَةِ المِلكِ، وَبِخِلَافِ مَا إذَا كَانَ فِي البَيعِ خِيَارُ البَائِعِ، لِأَنَّهُ لَيسَ بِمُطلَقٍ، وَقِرَانُ الشَّرطِ بِهِ يَمنَعُ انعِقَادَهُ فِي حَقِّ الحُكمِ أَصلًا، ....

(يصح) أي: موقوفًا.

(بعد ذلك) أي: بعد إعتاق الوارث؛ **(لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك)**؛ لأنه عدوان محض.

هذا التعليل لا يتم؛ لأنه يَرِد عليه أن لا ينفذُ بيعه أيضًا عند إجازة المالك؛ لأنه لم يوضع لإفادة الملك، كما لا ينفذ عتقه؛ لما أن كلًّا من جواز البيع والعتق يحتاج إلى الملك، ولكن وجه تمام التعليل فيما ذكره في المبسوط[1].

وبخلاف الغاصب إذا أعتق ثم ضمن القيمة؛ لأن المستبد له حكم الملك لا حقيقة الملك؛ ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة، وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق، كحكم ملك المكاتب في كسبه، وهاهنا الثابتُ للمشتري من وقت العقد حقيقةُ الملك؛ ولهذا استحق الزوائد المنفصلة والمتصلة.

وفي الكافي: إنما يثبت الملك في الغصب عند أداء الضمان ضرورة؛ كيلا يجتمع البدلان في حكم ملكٍ واحدٍ، فلم يكن الغصب في الحال سبب الملك ليتوقف الملك ويتوقف العتق حكمًا له؛ بل هو بعرض أن يصير سببًا عند أداء الضمان، والإعتاق وجِد قبله، والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها، فيثبت الملك في حق إعدام اجتماع البدلين في حق جواز الإعتاق.

(لأنه) أي: البيع بالخيار **(ليس بمطلق)** أي: غير تام؛ فإن الشرط يمنع انعقاده في حق الحكم أصلًا، فكانَ الملك معدومًا مع وجود الخيار المانع له، فلم يصادف إعتاق المشتري محلًّا مملوكًا له، فيلغو، وهاهنا البيع مطلق والأصل في الأسباب المطلقة العمل في حق الحكم بلا تراخ، والتراخي إنما يثبت لضرورة دفع الضرر، ولا ضرر في توقف الملك والإعتاق، فوجب القول بإظهار السبب في حقه، ونعني بتوقف الملك أنه موجود في حق الأحكام التي لا يتضرر المالك بها. كذا في الكافي.

---

(١) المبسوط للسرخسي(١١/ ٦٥).

وَبِخِلَافِ بَيعِ الْمُشْتَرِي مِن الغَاصِبِ إِذَا بَاعَ، لِأَنَّ بِالإِجَازَةِ يَثْبُتُ لِلبَائِعِ مِلكٌ بَاتٌّ، فَإِذَا طَرَأَ عَلَى مِلك مَوقُوف لِغَيرِهِ أَبطَلَهُ، ....

(بخلاف المشتري إذا باع) حيث لا يتوقف الملك ببيعه؛ بل يبطل حالًا [بثبوته] للبائع، وهو المشتري من الغاصب.

(فإذا طرأ) أي: الملك البات **(لغيره)** أي: [الغير][1] المشتري من الغاصب، وهو المشتري من المشتري [من][2] الغاصب.

(أبطله) أي: الملك الموقوف لغيره؛ لأنه لا يُتصوَّر اجتماعُ البات مع الموقوف في محلٍّ واحدٍ، والبيع في محل واحد، والبيع بعدما بطل لا تلحقه الإجازة، وكذا لو وهبه الغاصب، أو تصدّقَ به عليه، أو مات فورثه ـ فهذا كله مبطل للملك الموقوف؛ لطروء الملك البات. كذا في المبسوط[3].

ولأن فائدة التوقفِ النفاذُ، ففي كل صورة لا يتحقق النفاذ لا يتوقف، كبيع الحرِّ، وهاهنا كما وجدت الإجازة يثبت الملك البات للمشتري الأول، فيبطل الملك الموقوف للمشتري الثاني، ولا جائز أن يثبت الملك البات؛ لاستحالته؛ لأن الشيء الواحد لا يكون ملكًا لاثنين في زمانٍ واحدٍ.

فإن قيل: يشكل على هذا الأصل ما إذا باع الغاصبُ ثم أدى الضمان ـ ينقلب بيع الغاصب جائزًا، وإن طرأ الملك الذي يثبت للغاصب بأداء الضمان على ملك المشتري الذي اشتراه منه وهو موقوف.

قلنا: إن ثبوت الملك [للغاصب][4] ملك ضروري يثبت له ضرورةَ وجوبِ الضمان، فلم يظهر في حق إبطال المشتري.

فإن قيل: لو كان الملك البات يُبطِل الملك الموقوف فأولى أن يمنعه؛ لأن المنع أسهل من الرفع[5]، فعلى هذا يجب ألا ينعقد بيع الفضولي؛ لأن للمالك ملكًا باتًا، فيجب أن يمنع بيع الفضولي عن الانعقاد؛ لعدم اجتماع ملك الموقوف مع البات.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) انظر: المبسوط (١١/ ٦٥).
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٥) انظر: غمز عيون البصائر (٢/ ٣٥٢).

وَأَمَّا إِذَا أَدَّى الغَاصِبُ الضَّمَانَ يَنفُذُ إِعتَاقُ المُشتَرِي مِنهُ كَذَا ذَكَرَهُ هِلَالٌ رحمه الله وَهُوَ الأَصَحُّ.

قلنا: البيع الموقوف غير موجود[١] في حق المالك، بل يوجد من الفضولي، والمنع إنما يكون بعد الوجود ـ أي: وجود التعارض ـ ولا تعارض هنا، بخلاف ما نحن فيه [٢/ ١٣٥/ب] فإن الملك البات يثبت للفضوليّ، والملك الموقوف يظهر في حقه، فوقف التعارض بين الملكين، فيرفع الباتُّ الموقوفَ.

وقوله: (وأما إذا أدى[٢] الغاصب) إلى آخره، مَنْعٌ لِمَا ذكره محمد بقوله، وكذا لا يصح إعتاق المشتري إذا أدَّى أي الغاصب الضمان، فالأصح أنه ينفذ عتق المشتري من الغاصب.

(كذا ذكره هلال رحمه الله) في كتاب الوقف[٣] فقال: ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان، فالعتق أولى.

وفي الكافي: ملك المشتري يثبت مطلقًا لا ضرورة، فاحتمل العتق بعد الإجازة، بخلاف ملك الغاصب فإنه يثبت ضرورة؛ لما مر؛ لأن عند إجازة المالك ينفذ العقد، وينفذ الملك للمشتري من وقت البيع؛ لأن سبب الملك هو العقد، وكان تامًّا في نفسه، ولكن امتنع ثبوت الملك له لمانع، وهو حق المغصوب، فإذا ارتفع ذلك بالإجازة ثبت له الملك من وقت البيع؛ لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء[٤]، فتبين أن الزوائد حدثت على ملكه، فإن لم يجز المالك البيع أخذها وأخذ جميع ذلك معها؛ لأنه بقي ملكه متقررًا [فيها][٥]، وإنما تملّك الزوائد لملك الأصل.

وذكر الإمام قاضي خان: فيكون الأَرْش[٦] له، ثم قال: وهذا بخلاف ما

---

(١) في الأصل: (الموقوف)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (إذا كان ذي)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) كتاب الوقف لهلال.
(٤) انظر: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم (٣/ ٢٨١).
(٥) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٦) انظر: التعريفات للجرجاني (١/ ١٧)، والتوقيف على مهمات التعاريف (١/ ٤٥)، ومعجم لغة الفقهاء (١/ ٢١٢).

قَالَ: (فَإِن قُطِعَت يَدُ العَبدِ فَأَخَذَ أَرشَهَا ثُمَّ أَجَازَ المَولَى البَيعَ، فَالأَرشُ لِلمُشتَرِي) لِأَنَّ المِلكَ قَد تَمَّ لَهُ مِن وَقتِ الشِّرَاءِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ القَطعَ حَصَلَ عَلَى مِلكِهِ وَهَذِهِ حُجَّةٌ عَلَى مُحَمَّد، وَالعُذرُ لَهُ أَنَّ المِلكَ مِن وَجه يَكفِي لِاستِحقَاقِ الأَرشِ، كَالمُكَاتَبِ إِذَا قُطِعَت يَدُهُ وَأَخَذَ الأَرشَ ثُمَّ رُدَّ فِي الرِّقِّ يَكُونُ الأَرشُ لِلمَولَى، فَكَذَا

إذا غصب من الآخر عبدًا وقُطِعَت يده، وأدّى الغاصب ضمانه[1]، حيث لا يكون الأَرْش للغاصب، وإن مَلَك المضمون عند أداء الضمان من وقت الغصب؛ لأن الغصب لم يُوضَع سببًا للملك، وإنما يثبت الملك مستندًا لمكان الضرورة على ما عُرِف، والاستناد لا يظهر في المنفصل، أما البيع سبب موضوع للملك، فيعمل في المتصل والمنفصل.

فإن قيل: يشكل هذا بالفضولي إذا قال لمنكوحة الغير: أَمْرُكِ بيدِكِ، فطلقتْ نفسَها، ثم بلغ الخبرُ الزوجَ، فأجاز ـ صحَّ التفويض دون التطليق، وإن ثبتت المالكية لها من حين التفويض حكمًا للإجازة.

قلنا: الفرق أن كل تصرّف توقف حكمه على شيء ـ فالأصل أن يُجعَل ذلك التصرّفُ مُعلَّقًا بالشرط؛ لأنّ في جعله سببًا من وقت وجوده تَخَلُّفَ الحكم عن السبب، والأصلُ عَدَمُه، إلا أن التصرّف الذي لا يحتمل التعليق بالشرط ـ كالبيع ونحوه ـ تَعَذّر جعلُه مُعلَّقًا؛ لما فيه معنى القمار، فجُعِل سببًا من وقت وجوده مُتأخِّرًا عنه حكمُه، والتفويض يحتمل التعليق، فجعلنا الوجود من الفضولي معلقًا بالإجازة، فعند الإجازة يصير كأنه وجد التفويض الآن، فلا يثبت حكمه إلا من وقت الإجازة. كذا في الفوائد الظهيرية.

(وهذه) أي: هذه المسألة، وفي بعض النسخ **(وهو)** أي: قوله: **(فَتَبَيَّنَ أنَّ القطعَ)** إلى آخره، والأول أصح.

وجهُ كونِها حُجةً: أن الملك الثابت عنده بطريق الاستناد لا يكفي لنفوذ العتق، ويكفي لاستحقاق الأَرْش، وعندهما: يكفي لهما **(والعذر له)** أي:

---

(١) الضمان: التزام رشيد عرف من له الحق دينا ثابتا لازمًا، وأيضا ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقا، بنفس أو بدين أو بعين. انظر: القاموس الفقهي (١/ ٣٢٢)، ومعجم لغة الفقهاء (٢٨٥).

إِذَا قُطِعَت يَدُ الْمُشتَرَى فِي يَدِ الْمُشتَرِي، وَالخِيَارُ لِلبَائِعِ، ثُمَّ أُجِيزَ البَيعُ فَالأَرشُ لِلْمُشتَرِي، بِخِلَافِ الإِعتَاقِ عَلَى مَا مَرَّ.

(وَيَتَصَدَّقُ بِمَا زَادَ عَلَى نِصفِ الثَّمَنِ) لِأَنَّهُ لَم يَدخُل فِي ضَمَانِهِ أَو فِيهِ شُبهَةُ عَدَمِ المِلكِ. قَالَ: (فَإِن بَاعَهُ الْمُشتَرِي مِن آخَرَ ثُمَّ أَجَازَ المَولَى البَيعَ الأَوَّلَ لَم يَجُز البَيعُ الثَّانِي) لِمَا ذَكَرنَا، وَلِأَنَّ فِيهِ غَرَرَ الِانفِسَاخِ عَلَى اعتِبَارِ عَدَمِ الإِجَازَةِ فِي البَيعِ

لمحمد، يعني الجواب عن هذه المسألة **(على ما مرَّ)** وهو أن المُصحِّحَ للإعتاقِ: الملكُ الكاملُ.

(على نصف الثمن) قَيَّد به؛ لأن اليد من الآدمي نصفه، فوقع نصف الثمن بمقابلة يد واحدة **(لأنه)** أي: ما زاد على نصف الثمن.

(لم يدخل في ضمانه) لما ذكرنا أن اليد من الآدمي نصفه، والذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن، فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن.

(أو فيه شبهة عدم الملك) [لأن الملك يثبت يوم القطع مستندًا إلى وقت البيع، وهو ثابت من وجه دون وجه، فيكون فيه شبهة عدم الملك][1] فلا يطيبُ الربح الحاصل به.

وفي الكافي: إن لم يكن المبيع مقبوضًا، وأَخَذَ الأَرْشَ ـ تكونُ الزوائدُ على نصف الثمن ربحَ ما لم يضمن؛ لأن العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه، ولو كان بعد الأرش قبل القبض ـ ففيه شبهة عدم الملك؛ لأنه غير موجودٍ حقيقةً وقتَ القطع، وإنما يثبت الملك فيه بطريق الاستناد، فكان ثابتًا من وجه دون وجه.

قوله: (وإن باعه المشتري) [أي: المشتري][2] من الغاصب **(من آخر)**.

(لِما ذكرنا) وهو قوله: (لأنَّ بالإجازة يَثبُت للبائعِ ملكٌ باتٌّ).

قوله: (ولأن فيه غرر الانفساخ).

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الأَوَّلِ، وَالبَيعُ يَفسُدُ بِهِ، بِخِلَافِ الإِعتَاقِ عِندَهُمَا، لِأَنَّهُ لَا يُؤَثِّرُ فِيهِ الغَرَرُ.

قَالَ: (فَإِن لَم يَبِعهُ المُشتَرِي فَمَاتَ فِي يَدِهِ أَو قُتِلَ ثُمَّ أَجَازَ البَيعَ لَم يَجُز) لِمَا ذَكَرنَا. أَنَّ الإِجَازَةَ مِن شُرُوطِهَا قِيَامُ المَعقُودِ عَلَيهِ وَقَد فَاتَ بِالمَوتِ وَكَذَا بِالقَتلِ، إذ لَا يُمكِنُ إِيجَابُ البَدَلِ، لِلمُشتَرِي بِالقَتلِ حَتَّى يُعَدَّ بَاقِيًا بِبَقَاءِ البَدَلِ، لِأَنَّهُ لَا مِلكُ

فإن قيل: هذا التعليل شامل لبيع الغاصب وبيع الفضولي؛ لأن فيهما غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة، ومع ذلك ينعقد موقوفًا.

قلنا: ينعقد بيع الفضولي؛ لما ذكرنا من الدليل: أنه لا ضرر فيه للمالك مع تَخَيُّرِه؛ بل فيه نَفْع، إلى آخره، فرجَّحنا جانب النفع على جانب غرر الانفساخ، فقلنا بانعقاده موقوفًا، ومثل هذا النفع لا يوجد في البيع الثاني؛ لأنه لم يملكه المشتري الأول حتى يطلب مشتريًا آخر، فيجوز[(١)] البيعُ الثاني عُرْضَةً [٢/ ١٣٦/ أ] للانفساخ، فلم ينعقد، وذلك لو اعتبرنا نفس غرر الانفساخ بلا نفع يلزم ألا يصح بيع أصلًا، خصوصًا في المنقولات[(٢)]؛ لأنه يمكن أن ينفسخ البيع بعد انعقاده بهلاك المبيع قبل القبض، وذلك متروك إجماعًا[(٣)]، فيجب أن يُعتبَر غرر الانفساخ الذي [لم][(٤)] يَشُبْهُ نفع، وذلك في البيع الثاني؛ فلذلك اعتبر فيه دون غيره.

(عندهما) أي: عند أبي حنيفة وأبي يوسف **(لأنه)** أي: الإعتاق **(لا يؤثر فيه الغرر)** بدليل أن المشتري لو أعتق المبيع قبل القبض يجوز، ولو باعه لا يجوز، وقد رُوِي عن أبي حنيفة أنه يتوقف المبيع كما يتوقف الإعتاق.

قوله: (فَإِنْ لَمْ يَبِعْهُ الْمُشْتَرِي) أي: المشتري من الغاصب **(ثم أجاز)**؛ أي: المالك **(البيع)** أي بيع الغاصب **(لم يجز)** أي: بالاتفاق.

(وكذا بالقتل) لما فات أيضًا به.

---

(١) كذا في الأصل: (فيجوز)، ورسم النسخة الثانية يشبه: (فَتَجَرَّدَ).
(٢) انظر: معجم اللغة العربية للدكتور أحمد مختار عمر (٣/ ٢٢٧٤).
(٣) انظر: الإجماع لابن المنذر (ص: ٩٥)، برقم ٤٧٣، ٤٧٤.
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لِلمُشتَرِي عِندَ القَتلِ مِلكًا يُقَابَلُ بِالبَدَلِ فَتَحَقَّقَ الفَوَاتُ، بِخِلَافِ البَيعِ الصَّحِيحِ، لِأَنَّ مِلكَ المُشتَرِي ثَابِتٌ فَأَمكَنَ إِيجَابُ البَدَلِ لَهُ فَيَكُونُ المَبِيعُ قَائِما بِقِيَامِ خَلَفِهِ.

قَالَ: (وَمَن بَاعَ عَبدَ غَيرِهِ بِغَيرِ أَمرِهِ، وَأَقَامَ المُشتَرِي البَيِّنَةَ عَلَى إِقرَارِ البَائِعِ، أَو رَبِّ العَبدِ أَنَّهُ لَم يَأمُرهُ بِالبَيعِ، وَأَرَادَ رَدَّ المَبِيعِ، لَم تُقبَل بَيِّنَتُهُ) لِلتَّنَاقُضِ فِي

(ملكًا يقابل بالبدل) لأن ملكه ملك موقوف، وذلك لا يصلح أن يكون مقابلًا بالبدل (بخلاف البيع الصحيح) يعني: إذا باع بيعًا صحيحًا فقُتِل المبيعُ قبل القبض ـ لا ينفسخ العقد؛ لأن البدل ـ وهو القيمة ـ يقوم مقام عينه، ولكن يُخيَّر المشتري.

قوله: (للتناقض) وذكر في الفوائد الظهيرية شُبهة في هذا، وهي ما ذكر في الكتاب، فقال: فإن قيل: يشكل هذا بما ذكر محمد في الزيادات، وهو: رجل اشترى جارية بألف درهم وقبضها ونقد الثمن، ثم أقام بينة على إقرار البائع أن الجارية لفلانٍ، وفلانٌ يَدَّعيها ـ قُبِلَتْ بَيِّنتُه وإن كان متناقضًا، ولا فرق بينهما سوى أن البائع هناك أصيل، وهنا وكيل.

قلنا: في مسألة الكتاب قال بعض مشايخنا: ما ذكر محمد هنا محمول على أن المشتري أقام البيّنة على إقرار البائع قبل البيع، أما إذا أقامها على إقراره بعد البيع أنّ ربَّ العبد لم يأمره بالبيع ـ فتُقبَل بينتُه؛ لأن إقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه إقرارَه بعدم الأمر بعد البَيعَ، قال: ومسألة الزيادات يجب أن تكون محمولة على هذا أيضًا، فحينئذٍ تقع الغُنْيَةُ عن التفرقة بين المسألتين.

قال شيخي صاحب النهاية: ولم يتضح لي فيه شيءٌ غيرَ هذا بعد أن تأملتُ فيه بُرهةً من الدهر.

وفي الخبازية وزيادات قاضي خان: والفقه في هاتين المسألتين أن المشتري إذا أقرَّ أن العبد للمُستحِق[١]، ثم أقام البيّنة على إقرار البائع أن العبد للمستحق ـ تُقبَل بينته؛ لأنه غير متناقض من كل وجه؛ لأنه لا ينكر أصل العقد، ولا ملك اليمين للبائع، فإن بيع مال الغير منعقد، وبدل المستحق مملوك، وإنما ينكر وصف العقد، وهو الصحة واللزوم، وبعد الإقرار باللزوم من حيث الظاهر

---

(١) في الأصل: (المشتري)، والمثبت من النسخة الثانية.

الدَّعوَى، إذ الإِقدَامُ عَلَى الشِّرَاءِ إقرَارٌ مِنهُ بِصِحَّتِهِ، وَالبَيِّنَةُ مَبنِيَّةٌ عَلَى صِحَّةِ الدَّعوَى (وَإن أَقَرَّ البَائِعُ بِذَلِك عِندَ القَاضِي بَطَلَ البَيعُ إن طَلَبَ المُشتَرِي ذَلِكَ)، لِأَنَّ التَّنَاقُضَ لَا يَمنَعُ صِحَّةَ الإِقرَارِ، وَلِلمُشتَرِي أَن يُسَاعِدَهُ عَلَى ذَلِكَ فَيَتَحَقَّقُ الِاتِّفَاقُ بَينَهُمَا، فَلِهَذَا شَرَطَ طَلَبَ المُشتَرِي. قَالَ ﷺ: وَذَكَرَ فِي الزِّيَادَاتِ: أَنَّ المُشتَرِيَ إذَا صَدَّقَ مُدَّعِيَهُ ثُمَّ أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَى إقرَارِ البَائِعِ أَنَّهُ لِلمُستَحِقِّ تُقبَلُ ....

يكون متناقضًا، فكان متناقضًا من وجه دون وجه، فجعلناه متناقضًا في المسألة الأولى، وهي مسألة الكتاب، أي: الجامع الصغير؛ لأنه لا يفيد الدعوى، وهي فائدة الرجوع بالثمن بناءً على عدم سلامة المبيع للمشتري، ولم يَسْلَمْ في مسألة الزيادات؛ لأن المبيع في يد المُستحِق، ولا تفيد الدعوى فائدة الرجوع في مسألة الكتاب؛ لأن المبيع سَلِمَ للمشتري؛ لأنه في يده، وإنما جعلناه كذلك عملًا بالشبهين.

قوله: (إقرارٌ منه بصحته) لأن المقصود من البيع [إثبات الملك][(١)]؛ لأن الأصل ترتب الأثر على المؤثر، وإقدامه على البيع إقرار منه على ترتب الأثر على المؤثر، فيكون هذا إقرارًا بلزوم هذا العقد، ثم دعوى البيع بغير الأمر دعوى من المشتري أنه لم يقع لازمًا، فيكون متناقضًا من حيث الظاهر.

(بذلك) أي: بعدم أمر رب العبد.

قوله: (عند القاضي) أو عند غير القاضي إلا أن البيّنة تختص بمجلس القاضي؛ فلهذا ذكر مجلس القاضي.

(إن طلب المشتري ذلك) أي: إبطال البَيع **(لا يمنع صحة الإقرار)**؛ لأنه غير مُتّهم فيه؛ فإن من أنكر شيئًا ثم أقرّ يصح إقراره، بخلاف الدّعوى؛ لأنه مُتَّهم فيه.

(أن يساعده) أي: يوافق البائع على إقراره.

(إذا صَدَّقَ مُدَّعِيَهُ) يعني إذا اشترى عبدًا، واستحقه مستحقٌّ، فصدَّقه المشتري وأعطاه إياه، ثم أراد الرجوع بالثمن على البائع، فأنكر البائع

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَفَرَّقُوا: أَنَّ العَبدَ فِي هَذِهِ المَسأَلَةِ: فِي يَدِ المُشتَرِي. وَفِي تِلكَ المَسأَلَةِ: فِي يَدِ غَيرِهِ وَهُوَ المُستَحَقُّ، وَشَرطُ الرُّجُوعِ بِالثَّمَنِ أَن لَا يَكُونَ العَينُ سَالِمًا لِلمُشتَرِي.

قَالَ: (وَمَن بَاعَ دَارًا لِرَجُلٍ وَأَدخَلَهَا المُشتَرِي فِي بِنَائِهِ لَم يَضمَنِ البَائِعُ) عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ وَهُوَ قَولُ أَبِي يُوسُفَ ﵀ آخِرًا، وَكَانَ يَقُولُ أَوَّلًا: يَضمَنُ البَائِعُ، وَهُوَ قَولُ مُحَمَّد ﵀، وَهِيَ مَسأَلَةُ غَصبِ العَقَارِ، وَسَنُبَيِّنُهُ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

الاستحقاق، فأقام المشتري البيّنة على البائع أنه أقرّ أن العبد للمستحق هذا ـ تُقبَل بينتُه، وإن كان إقرار دعوى البائع منه تناقضًا؛ إذْ هو بالإقدام على الشراء أقرَّ بأنه ملك البائع، والتناقض لم يمنع صحة الدعوى هاهنا.

(**وفرَّقوا**) أي: المشايخ (**أن العبد في هذه المسألة**) أي مسألة الجامع الصغير (**في يد المشتري**) فيكون [٢/ ١٣٦/ ب] المبيع سالمًا له، فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع؛ إذْ شرط الرجوع به عدم السلامة.

(**وفي تلك**) أي: في مسألة الزيادات (**في يد غيره**) أي: غير المشتري (**وهو المستحق**) فلا يكون المبيع سالمًا للمشتري، فيثبت له حق الرجوع؛ لأنه وجد وشرطه وحقيقته أي الفرق[1]، والفقه ما ذكرناه، ونقلناه من زيادات قاضي خان، والفوائد الخبازية، ولمسألة الزيادات تفريعات ذكرها في الزيادات فَلْتُطلَب ثَمَّةَ.

قوله: (**ومن باع دارًا لرجل**) أي: عَرْصَةَ غيره بغير أمره، وفي جامع فخر الإسلام: ومعنى المسألة إذا باعها، ثم اعترف بالغصب، وكذبه المشتري.

وقوله: (**وأدخلها المشتري في بنائه**) يعني: قبضها، وإنما قيد بقوله: (وأدخلها في بنائه) لأن المسألة هكذا وقعت (**لم يضمن البائع**) أي: قيمة الدار إن أقر أنه غصب منه.

---

(١) في النسخة الثانية: (لأنه وجد شرطه وحقيقة الفرق).

....

مسائل تتعلق بهذا الفصل

عقدان موقوفان أجيزا وتوافقا، كالبيعين ـ ثَبَتَا، ولو تنافيا ـ ثبت أقواهما، كالبيع والنكاح، وإلا بَطَلا، كالنكاحين.

ولو اجتمع بَيْعان في عقدَيْن فضوليَّيْن، وأجيزا معًا ـ أخذ كل واحدٍ النصفَ أو ترك؛ لأن كل واحدٍ شرع في العقد على أنه كله له، فإذا تَنصَّف يُخيَّر.

والبيع أحق من النكاح والإجارة والرهن، حتى لو باعه فضولي، والآخر رَهَنَه أو آجَرَه أو زَوَّجه، فأجازهما المولى معًا ـ جاز البيع، وبطل غيره؛ لأن البيع أقوى؛ لأنه يفيد ملك الرقبة، ولا كذلك غيره.

والعتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها؛ لأنها لازمة، بخلاف غيرها.

والهبة والإجارة أحق من الرَّهن؛ لأن الهبة تفيد ملك الرقبة، والإجارة ملك المنفعة، ولا كذلك الرَّهن، والهبة أحق من الإجارة.

والبيع أحق من الهبة في الدار؛ لأن الهبة تبطل بالشيوع، وبقي البيع بلا مزاحم، وفي العبد استويا؛ لأن الهبة مع القبض تُساوي البيع في إفادة الملك، وكل واحدٍ يأخذ بالنصف؛ لأن هبة[(١)] المَشاع ـ فيما لا يقسم ـ صحيحةٌ.

وفي المحيط: تبايع غاصبان عَرَضَين لرجلٍ واحدٍ، فأجاز المالك ـ لم يَجُزْ؛ لأن فائدة البيع ثبوتُ ملك الرقبة والتصرف، وهما حاصلان للمالك في البدلين بدون هذا العقد، فلم ينعقد هذا العقد، فلا تلحقه الإجازة.

ولو غَصَبَا من رجلين، وتَبايَعا، وأجاز المالك ـ جاز.

ولو غصبا النقدين من واحد، وعقدا الصرف، وتقابضا، ثم أجاز ـ جاز؛ لأن النقود لا تَتَعَيَّنُ في المعاوضات، وعلى كل واحدٍ من الغاصبين مثلُ ما غصب.

وبيع المرهون والمُستأجَر فاسدٌ، وعامة المشايخ أنه موقوف، وهو الصحيح.

---

(١) في الأصل: (هذه)، والمثبت من النسخة الثانية.

ولو وصل الرهن إلى الراهن بالقضاء أو الإبراء، والمُستأجَر إلى المُؤجِّر، بمضي المدة أو الفسخ ـ تمَّ البيع، وإن لم يجيزا.

وللمشتري الخيارُ إذا لم يَعلم ـ وقتَ الشراءِ ـ الرّهنَ والإجارةَ، وكذا إن علم عند محمد، وعند أبي يوسف: ليس له نقض البيع مع العلم.

وقيل: ظاهر الرواية قول محمد، وقيل: قول أبي يوسف.

وليس للمُستأجِر من فسخ البيع بلا خلاف، وفي المُرتهِن اختلافُ المشايخ، وليس للراهن والمُؤجِّر حقُّ الفسخ.

وفي جمع النوازل: بيعُ المغصوبِ موقوفٌ إن أقرَّ به الغاصب، أو كان للمغصوب منه بيّنة عادلة، فلو أجاز تم البيع وإلا فلا.

ولو هَلك قبل التسليم انتقض البيع، وقيل: لا؛ لأنه خَلَفَ بدلًا والأول أصح.

ورَوى ابنُ سماعة عن أبي يوسف، وبشرٌ عن محمد أن شراء المغصُوب من غاصبٍ جاحدٍ يجوز، ويقومُ المشتري مقام المالك في الدعوى، وعن أبي حنيفة ﵁ روايتان.

بَابُ السَّلَمِ

لما ذكر أنواع البيوع التي لا تَشترِط في المجلس قَبْضَ العوضين أو أحدهما، بقي منهما النوعان:

أحدهما: أنه يشترط في المجلس قبض أحد العوضين، وهو السَّلَم.

والثاني: ما يشترط فيه قبض العوضين جميعًا، وهو الصَّرْف فشرع في بيانهما.

ثم قدَّم السَّلم على الصرف؛ لما أن الترقي من الأقل إلى الأكثر، أو لأن الواحد قبلُ، أو نقول: ما مرَّ عزيمةٌ، والسَّلَمُ رخصةٌ، فقدَّمَ العزيمةَ، أو نقول: لمّا ذكر بيع العين بالدَّيْن، وبيع العين بالعين[1]، شرع في بيان بيع الدين بالعين،

(١) انظر: القاموس الفقهي (١/ ٣١٢).

السَّلَمُ: عَقدٌ مَشرُوعٌ بِالكِتَابِ: وَهُوَ آيَةُ المُدَايَنَةِ، فَقَد قَالَ ابنُ عَبَّاس ﷺ: أَشهَدُ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَحلَّ السَّلَفَ المَضمُونَ وَأَنزَلَ فِيهَا أَطوَلَ آيَة فِي كِتَابِهِ، وَتَلَا قَولَه تَعَالَى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢] الآيَةُ.

وهو السَّلَم؛ لأن رأس المال قد يكون عينًا، ولأنه لمّا شرط قبضه في المجلس صار بمنزلة العين، وبيَّن الصرف بعده؛ لأنه بيع الدين بالدين.

والسَّلَمُ لغةً: بمعنى السلف، وهو نوع من البيوع يُعجَّل فيه الثمن؛ ولهذا قيل: [٢/١٣٧/أ] إنه أَخْذُ عاجلٍ بآجلٍ شرعًا ولغةً، واختص هذا النوع بهذا الاسم بحكم يدل الاسم عليه، وهو تعجيل أحد البدلين.

والهمزة فيه للسَّلْب، أي: أزال سلامة الدراهم بالتسليم إلى مفلس مؤجل، أو هو من التسليم؛ لأن تسليم رأس المال فيه واجبٌ.

وفي الإيضاح: السَّلَمُ لغةً: عبارة عن الاستعجال، والسَّلَم والسّلف بمعنى واحد، وخُصَّ هذا النوع بهذا الاسم؛ لأن شرعيته كان لمعنًى يخص رأس المال، وهو استعجاله وتحصيله قبل وجود المبيع؛ لمكان الحاجة إليه.

وقيل: سُمِّي به لكونه معجلًا على وقته، فإن أوان البيع بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد، والسلم إنما يكون عادة فيما ليس بموجود في ملكه، فيكون معجلًا على وقته. كذا في الكافي.

والقياس يأبى جواز السَّلَم؛ لأنه بيع معدوم؛ إذِ السَّلَم فيه هو البيع، لكنه جُوِّز بالنص، **(وهو آية المداينة)**.

(أَحَلَّ السَّلَف المَضمُون) أي: المؤجل؛ ولهذا جاء في رواية أخرى: «أنه تعالى أَحَلَّ السلف المُؤجَّل»، وقيل: أي السلم الواجب في الذمة، وقوله: **(المضمون)** صفة للسَّلَف مُقرِّرة لا مُميِّزة، كما في قوله تعالى: ﴿ٱلنَّبِيُّونَ ٱلَّذِينَ أَسۡلَمُواْ﴾ [المائدة: ٤٤]، وقيل: مُميِّزة؛ لأن السَّلَف يُطْلَق أيضًا على معنى آخر، يقال: سَلَفُ الرجلِ: آباؤُهُ الأقدمون.

ومعنى قوله تعالى: ﴿تَدَايَنتُم﴾ [البقرة: ٢٨٢] تعاقدتم وتعاملتم.

وَبِالسُّنَّةِ: وَهُوَ مَا رُوِيَ «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَن بَيعِ مَا لَيسَ عِندَ الإِنسَانِ وَرَخَّصَ فِي السَّلَمِ» وَالقِيَاسُ وَإِن كَانَ يَأبَاهُ، وَلَكِنَّا تَرَكنَاهُ بِمَا رَوَينَاهُ. وَوَجهُ القِيَاسِ: أَنَّهُ بَيعُ المَعدُومِ إذ المَبِيعُ هُوَ المُسلَمُ فِيهِ.

(نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان)، هذا نقل الحديث بالمعنى، ولفظ الحديث: «**لا تبع ما ليس عندك**»[(١)]، ثم الصحابة رضي الله عنهم رَوَوْهُ بهذا اللفظ، والمراد بما ليس عندك: ما ليس في ملكه؛ فإنه لو كان في ملكه يجوز وإن لم يكن حاضرًا، إذا كان المشتري رآه قبل ذلك.

وفي المبسوط[(٢)]: وعن ابن عباس رضي الله عنه أنه دخل المدينة، فوجد أهلها يُسلِفون في الثمار السنةَ والسنتين، فقال: «**مَنْ أَسْلَمَ مِنْكُم فَلْيُسْلِمْ**» الحديث[(٣)].

وانعقد الإجماع[(٤)] على جوازه باعتبار الحاجة والضرورة؛ فإنه يحتاج إليه الفقير والغني؛ لأنه ربما لا يكون عنده عين مال يبيعها وينفق على نفسه، فيحتاج إلى أخذ السَّلَم، والغني يحتاج إلى أن ينفق على نفسه وعياله، فيحتاج إلى الاسترباح، والاسترباح يحصل بهذا الطريق أكثر مما يحصل بشراء الأعيان؛ لأن الأعيان تُشتَرَى بمثل، والدَّين بالأقل منه، فيجوز باعتبار الحاجة.

ويصح السَّلَم بلفظ البيع بأن يقول: اشتريتُ منك كُرَّ بُرٍّ صفتُهُ[(٥)] كذا، بكذا إلى كذا، على أن تُوَفِّيه في مكان كذا، وبه قال الشافعيّ في الأصح[(٦)].

وقال زفر: [لا يصح][(٧)]، وبه قال الشافعي في وجه، أي: لا ينعقد به[(٨)]،

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٣ رقم ٣٥٠٤)، والترمذي (٢/ ٥٢٦ رقم ١٢٣٤)، وابن ماجه (٢/ ٧٣٧ رقم ٢١٨٨)، والنسائي (٧/ ٢٨٨ رقم ٤٦١١) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.
قال الترمذي: وهذا حديث حسن صحيح، وقال الحاكم: هذا حديث على شرط حمله من أئمة المسلمين صحيح. «المستدرك» (٢/ ١٧).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٢٤).
(٣) أخرجه البخاري (٣/ ٨٥ رقم ٢٢٤٠)، ومسلم (٣/ ١٢٢٦ رقم ١٦٠٤) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
(٤) انظر: الإجماع لابن المنذر (ص: ٩٨)، برقم ٤٩٥.
(٥) في الأصل: (صفقة)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٦) انظر: المجموع (١٣/ ١٠٥).
(٧) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٨) انظر: المجموع (١٣/ ١٠٥).

....

وهو قول عيسى بن أبان؛ لأن الأصل أن بيع المعدوم باطل؛ لأن شرعية البيع لحاجة الناس، ولا حاجة في المعدوم، وهو القياس، وإنما جُوِّز ورُخِّص في السَّلَم، فيَنفُذ جوازُه بهذا اللفظ عملًا بالأصل.

وقلنا: إن كل واحدٍ من البيع والسَّلَم تمليك مال بمال، والبيع اسم جنسه فأصيب به، كما يصاب زيدٌ باسم جنسه ونوعه.

ثم شرائط جواز السلم سبعةَ عَشَرَ: ستةٌ في رأس المال، وأحدَ عَشَرَ في المُسْلَم فيه.

أما الستة:

فأحدها: بيان جنسه: أنه دراهم أو دنانير، أو من المكيل.

والثاني: بيان نوعه: أنه دراهم غطريفيّة أو عدليّة، أو دنانير محموديّة أو هرويّة، وهذا إذا كان في نقود مختلفة، وإلا فذكر الجنس كافٍ.

والثالث: بيان الصِّفة: أنه جيد أو وسط أو رديء.

والرابع: إعلام قدر رأس المال.

والخامس: كون الدراهم منتقدة عند أبي حنيفة، مع إعلام القدر.

والسادس: تعجيل رأس المال، وقبضه قبل افتراقهما.

وأما أحد عشر:

أحدُها: بيان جنس المُسْلَم فيه.

والثاني: بيان نوعه: بأن يقول: حنطة سَقِيَّة أو بَخْسِيَّة، أو جَبَلِيَّة أو سَهْلِية.

والثالث: بيان الصِّفة.

والرابع: إعلام قدره بكيل معروف عند الناس.

والخامس: [ألا يشمل البدلَيْن أحدُ وَصْفَي الرِّبا؛ لأنه يتضمن رِبا النَّساء.

والسادس][(١)] أن يكون المُسْلَم فيه مما يتعين بالتعيين، حتى لا يجوزُ في الدراهم والدنانير، وأما التبرُ فهل يجوز السَّلم فيه؟ فعلى رواية الصرف: لا يجوز؛ [لأنه ألحقه بالمصروف، وعلى رواية الشركة: يجوز][(٢)] لأنه ألحقه بالعُروض.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَهُوَ جَائِزٌ فِي المَكِيلَاتِ وَالموزُونَاتِ) لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَن أَسلَمَ مِنكُم فَليُسلِم فِي كَيل مَعلُوم وَوَزن مَعلُوم إِلَى أَجَل معلُوم» وَالمُرَادُ بِالموزُونَاتِ غَيرُ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ لِأَنَّهُمَا أَثمَانٌ، وَالمُسلَمُ فِيهِ لَا بُدَّ أَن يَكُونَ مُثَمَّنًا فَلَا يَصِحُّ السَّلَمُ فِيهِمَا، ....

والسابع: الأجل فيه.

والثامن: وجوده من حين العقد إلى حين المحل.

والتاسع: أن يكون العقد ثابتًا تامًّا لا خيار فيه.

والعاشر: بيان مكان الإيفاء[1] فيما له حمل ومؤنة.

والحادي عشر: أن يكون العقد مما يَضبِط الوصف، وهو أن يكون من الأجناس الأربعة: المكيل والموزون والمذروع والمعدود المتقارب. كذا في التحفة وغيرها[2].

قوله: [٢/ ١٣٧/ب] **(لَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ مُثَمَّنًا)** لأن السلم شُرِع بطريق الرخصة؛ بقوله ﷺ: **«نَهَى عَنْ بَيعِ مَا لَيْسَ عِندَ الإنْسَانِ، وَرَخَّصَ فِي السَّلَمِ»**[3]، والرخصة استباحة المحظور مع قيام الحاظر، واستباحة الشيء مع قيام الحاظر بخلاف القياس، فكأن السَّلَم جُوِّز على خلاف القياس، وهو إذا كان المسلم فيه مبيعًا، ولو كان ثمنًا كان جوازه مع موافقة القياس؛ لأنّ بيعَ الثمنِ ـ والثمنُ ليس في ملكه ـ جائزٌ قياسًا واستحسانًا، فلا يتحقق معنى الرخصة.

(فيهما) أي: في الدراهم أو الدنانير.

وصورته أن يسلم عشرة أذرع من الكرباس[4] أو غيره من المكيل والموزون في عشرة دراهم أو في دينار، أما لو أسلم عشرة دراهم في عشرة دنانير لا يجوز بالإجماع[5]؛ لأنه رِبا.

---

(١) بعدها في الأصل: (توجد)، والسياق المثبت من النسخة الثانية.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ١٤).

(٣) تقدم تخريجه قريبًا.

(٤) الكِرباس، بالكسر: ثوب من القطن الأبيض. القاموس المحيط (١/ ٥٧٠).

(٥) انظر: الإجماع لابن عبد البر (ص: ٢١٢)، برقم (٤٨١).

ثُمَّ قِيلَ: يَكُونُ بَاطِلًا، وَقِيلَ: يَنعَقِدُ بَيعًا بِثَمَن مُؤَجَّل(*) تَحصِيلًا لِمَقصُودِ المُتَعَاقِدِينَ بِحَسَبِ الإِمكَانِ، وَالعِبرَةُ فِي العُقُودِ لِلمَعَانِي وَالأَوَّلُ أَصَحُّ، لِأَنَّ التَّصحِيحَ إِنَّمَا يَجِبُ فِي مَحِلٍّ أَوجَبَا العَقدَ فِيهِ وَلَا يُمكِنُ ذَلِكَ.

قوله: (**ثُمَّ قِيلَ يَكُونُ بَاطِلًا**) إلى آخره، وهذا الاختلاف فيما إذا أسلم الحنطة أو غيرها من العروض.

وفي المبسوط: لو أسلم الحنطة في الذهب أو الفضة لا يجوز عندنا[1]، وعند الشافعي في القديم يجوز[2]، وبه قال مالك بناء على أن النقد يصلح أن يكون مبيعًا عنده، ولكن ذكر في كتبهم أنه يصح مطلقًا، ويذكر ستة أوصاف: النوع واللون والجودة، وأنه حديث أو عتيق، وصغار أو كبار، وعندنا لا يصلح، والمسلم فيه مبيع، فإذا لم يكن هذا سلمًا قال عيسى بن أبان: يكون عقدًا باطلًا، وقال أبو بكر بن الأعمش: إنه بيع الحنطة بدراهم مؤجلة، فيكون صحيحًا إذ حَمْل كلامهما على الصحة مهما أمكن واجبٌ.

وما ذكر عيسى أصح؛ لأن المعقودَ عليه في السَّلمِ المسلمُ فيه، وإنما يُشتغَل بتصحيح العقد في المحلِّ الذي أوجب المتعاقدان العقد، وهو الدراهم أو الدنانير، وذلك غير ممكن؛ لما ذكرنا أنه لا بدَّ أن يكون المسلم فيه مثمنًا، ولا وجه لتصحيحه في محل آخر؛ لأنهما لم يوجبا العقد فيه[3].

وكذا في المذروعات؛ لإمكان ضبط صفتها، ولا خلاف للأئمة الأربعة في جواز السلم فيما يمكن ضبطُ صفته[4].

فإن قيل: ينبغي ألا يجوز السَّلَم في المذروعات؛ لأن السَّلم ثبت بالنص بخلاف القياس كما بينا، والنص ورد في الكيلي والوزني، قال ﷺ: «**مَنْ أَسْلَمَ مِنْكُمْ فَلْيُسْلِمْ**» الحديث[5].

(*) الراجح: دليل صاحب القيل الأول، وهو عيسى بن أبان.

(١) انظر: البحر الرائق (٦/ ١٤٠).
(٢) انظر: الأم للشافعي (٣/ ٩٨).
(٣) انظر المبسوط (١٢/ ١٢١).
(٤) انظر: الإجماع لابن المنذر (ص: ٩٨)، برقم (٤٩٩).
(٥) أخرجه البخاري (٣/ ٨٥ رقم ٢٢٤٠)، ومسلم (٣/ ١٢٢٦ رقم ١٦٠٤) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

....

قلنا: تلحق المذروعات بهما بدلالة النص؛ لما أن قوله ﷺ: «**فَلْيُسْلِمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ**»(١) يقتضي الجواز فيهما باعتبار التسوية في التسليم على ما وصف في المسلم فيه، والتسوية تتحقق، فيجوز إلحاقه بهما بطريق الدلالة.

فإن قيل: إنما يجوز العمل بالدلالة إذا لم تعارضه عبارة النص، وهاهنا عبارة قوله ﷺ: «**لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ**»(٢) نافية لإلحاقه بهما؛ لأن تلك العبارة لما خصت بالكيلي والوزني بالحديث ـ انحصر الجواز فيهما، وبقي ما وراءهما تحت نفي عبارة قوله ﷺ: «**لَا تَبِعْ**» الحديث، والمذروع مما وراءهما، فلا يصح العمل بالدلالة.

قلنا: هذا الذي ذكرته حُجّة عليك؛ لأن العام من الكتاب إذا خصَّ منه البعض لا يبقى الباقي حُجّة أصلًا عند الكرخي، فكيف في السنة! وعلى القول المختار إن بقي حُجّة ولكن مرتبة دون مرتبة القياس وخبر الواحد، لا شك أن دلالة النص أقوى من القياس وخبر الواحد، فلم يكن ذلك العام معارضًا للدلالة، فبقيت الدلالة سالمة عن المعارض، فيجوز السَّلم في المذروعات والعدديات، [الثابت بها مساويًا لما ثبت بالنص أو أقوى، والمساواة بين المذروعات والعدديات وبينهما مُنْتَفٍ؛ إذ التفاوت بينهما ثابت بوصف أعظم وجوه التفاوت، فإن المذروعات](٣) ـ وإن بُولغ في ضبطها بذكر النوع والجنس والصفة والصنعة ـ لم تخرج من كونها من ذوات القيم، وهما من ذوات الأمثال، فلا تتحقق المساواة بينهما من جميع الوجوه.

قلت: جواز السَّلم في الثياب بطريق الاستحسان، وما ذكروا وجه القياس، فكم من تفاوت بين الشيئين يتحمل ذلك في المعاملات دون الاستهلاكات، وفيها تجب القيمة لا في المعاملات، مع وجود المساواة فيما يُبتنَى على جواز السَّلم؛ إذِ المساواة في جميع الوجوه غير ممكن.

وفي الإيضاح: جواز السَّلَم في الثياب بطريق الاستحسان؛ لأنها مصنوع

---

(١) تقدم تخريجه قريبًا.
(٢) تقدم تخريجه قريبًا.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَكَذَا فِي المَذرُوعَاتِ) لِأَنَّهُ يُمكِنُ ضَبطُهَا بِذِكرِ الذَّرعِ وَالصِّفَةِ وَالصَّنعَةِ، وَلَا بُدَّ مِنهَا لِتَرتَفِعَ الجَهَالَةُ فَيَتَحَقَّقُ شَرطُ صِحَّةِ السَّلَمِ، (وَكَذَا فِي المَعدُودَاتِ الَّتِي لَا تَتَفَاوَتُ كَالجَوزِ وَالبِيضِ)، لِأَنَّ العَدَدِيَّ المُتَقَارِبَ مَعلُومُ القَدرِ مَضبُوطُ الوَصفِ مَقدُورُ التَّسلِيمِ فَيَجُوزُ السَّلَمُ فِيهِ، وَالصَّغِيرُ وَالكَبِيرُ فِيهِ سَوَاءٌ لِاصطِلَاحِ النَّاسِ عَلَى إِهدَارِ التَّفَاوُتِ، بِخِلَافِ البِطِّيخِ وَالرُّمَّانِ، لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ آحَادُهُ تَفَاوُتًا فَاحِشًا،

العبد، والعبد يصنع بالآلة فإذا اتخذ الآلة، والصانع يتّخذ المصنوع، فلا يبقى بعد ذلك إلا قليل تفاوت، وذا يتحمل في المعاملات دون الاستهلاكات؛ ألا ترى أن الأب إذا باع مال ابنه الصغير بغبن يسير كان متحملًا، ولو استهلك شيئًا يسيرًا يجبُ عليه ضمانه(١).

(ولا بدَّ منها)؛ أي: من الصفات الثلاث.

وفي المجتبى: والقياس أن لا يجوزُ السلم في المذروعات، كالثياب والحُصر والبَوارِيِّ(٢)؛ لتعذر قبولها في الذمة؛ [٢/١٣٨/أ] ولهذا لا تضمن بالمثل بالاستهلاك كالجواهر، لكن تُرِك ذلك بإجماع الفقهاء فيه(٣).

(باصطلاح الناس على إهدار التفاوت) فإن المسامحة تجري فيما بينهم في صغيره وكبيره، فإنك لا ترى جوزة بفلس، وجوزة بفلسين، وإنما تتفاوت أنواعه في المالية، وذلك التفاوت يزول بذكر النوع؛ ولهذا جَوَّزوا السَّلَم في الباذنجان والكاغد(٤) عددًا، وبه قال الشافعي(٥).

(تفاوتًا فاحشًا) فإنك ترى بطيخًا بدرهم، وبطيخًا بفلس، وبطيخًا بفلسين، والحد الفاصل بين المتقارب والمتفاوت أن ضمان مستهلكه بالمثل يكون متقاربًا، وبالقيمة يكون متفاوتًا.

وفي المبسوط: والفرق بينهما ما نُقِل عن أبي يوسف أن كل ما تتفاوت

---

(١) الإيضاح في الفروع للكرماني، اللوح (٤٨).
(٢) مفردها الباريُّ والباريَّة، وهو الحصير المنسوج. القاموس المحيط (١/ ٣٥٤).
(٣) انظر: الإجماع لابن المنذر (٩٨)، برقم ٤٩٩.
(٤) الكاغد: القِرطاس، معرب. القاموس المحيط (١/ ٣١٥).
(٥) انظر: فتح العزيز (٩/ ٣١٨)، والنجم الوهاج (٤/ ٢٥٨).

وَبِتَفَاوُتِ الآحَادِ فِي المَالِيَّةِ يُعرفُ العَدَدِيُّ المُتَقَارِبُ.

وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي بِيضِ النَّعَامَةِ(*)، لِأَنَّهُ يَتَفَاوَتُ آحَادُهُ فِي المَالِيَّةِ، ثُمَّ كَمَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِيهَا عَدَدا يَجُوزُ كَيلًا. وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يَجُوزُ كَيلًا، لِأَنَّهُ عَدَدِيٌّ وَلَيس بِمَكِيل. وَعَنهُ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ عَدَدا أَيضًا لِلتَّفَاوُتِ. وَلَنَا: أَنَّ المِقدَارَ مَرَّةً يُعرَفُ بِالعَدَدِ وَتَارَةً بِالكَيلِ، وَإِنَّمَا صَارَ ....

آحاده في القيمة [وتتفق أجناسه][1] فهو عدديّ متفاوت، نحو البطيخ والسفرجل والرمان، وكل ما لا تتفاوت آحاده في المالية وإنما تتفاوت أنواعه فهو متفاوت، وإليه أشير في الكتاب بقوله: (**ويتفاوت آحاده في المالية**...) إلى آخره.

(فيها) أي: في المعدودات المتقاربة عددًا، وبه قال [الأوزاعي، وقال] الشافعي: يجوز السَّلَم في المعدودات المتقاربة والمتفاوتة وزنًا[2]، وهل يجوز كيلًا؟ له فيه وجهان. وقال زفر: لا يجوز كيلًا ويجوز عددًا[3].

وقال الشافعيّ في الجوز واللوز: يجوز وزنًا ولا يجوز كيلًا ولا عددًا[4]؛ من قِبَل أنهما لا يعتدلان في المدخول تحت الكيل، ويبقى بين الجوزتين قضاء، ولأنه عليه السلام قال: «**فِي كَيلٍ مَعْلُوم وَوَزْنٍ مَعْلُوم**»، وفي الكيل تفاوت، فيجوز بالوزن، وليس بمكيل؛ إذْ فيه الصغير والكبير، فلا يعتدل في المدخول تحت الكيل، فتجري فيه المنازعة المانعة من التسليم والتَّسلّم. كذا في المبسوط[5].

وفي الكافي: ولا نص في الكيل والوزن، فيُعتبر فيه العُرف، وهو بالعد.

(**وعَنْه**) أي: عن زفر (**أنه لا يجوز عددًا أيضًا**) وبه قال الشافعي[6](**للتفاوت**) أي: لتفاوت آحاده، فتجري فيه المنازعة المانعة عن التسليم والتسَلُّم، كما في السفرجل[7] والبطيخ، (**وإنما صار**) [أي][8]: ذلك

(*) هو خلاف ظاهر الرواية، والفتوى على ظاهر الرواية فيجوز.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) انظر: نهاية المطلب (٦/ ٥٠).

(٣) انظر: التجريد للقدوري (٥/ ٢٦٩٧).

(٤) انظر: العزيز شرح الوجيز (٤/ ٤٠٦).

(٥) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٣٦).

(٦) انظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي (٥/ ٤١٠).

(٧) هي فاكهة، والجمع سفارج. انظر: مختار الصحاح (١/ ١٤٨).

(٨) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

مَعدُودًا بِالِاصطِلَاحِ فَيَصِيرُ مَكِيلًا بِاصطِلَاحِهِمَا، وَكَذَا فِي الفُلُوسِ عَدَدًا. وَقِيلَ: هَذَا عِند أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّه.

وَعِندَ مُحَمَّد ﷺ: لَا يَجُوزُ لِأَنَّهَا أَثمَانٌ(*). وَلَهُمَا: أَنَّ الثَّمَنِيَّةَ فِي حَقِّهِمَا بِاصطِلَاحِهِمَا فَتَبطُلُ بِاصطِلَاحِهِمَا وَلَا تَعُودُ وَزنِيًّا ....

المعدود (معدودًا باصطلاح) أي: باصطلاح المتعاقدين، فيسقط بإعراضهما، فلا يفضي إلى المنازعة المانعة من التَّسليم والتَّسلُم.

وعند محمد[١] لا يجوز السلم في الفلوس عددًا، روى أبو الليث الخوارزمي عنه.

(لأنها) أي: الفلوس، ما دامت رابحة (أثمان)، والسَّلَم في الأثمان لا يجوز بالإجماع[٢]، وبعد الكساد هي قِطاعُ صُفرٍ موزونةٌ، فلا يجوز السلم فيها عددًا.

ولكن الأصح أنه يجوز السَّلَم فيها عددًا؛ لأن صفة الثمنية فيها عارضة باصطلاح الناس، والمتعاقدان أعرضا عن هذا الاصطلاح حين عقدا السَّلَم فيه، وما أعرضا عن كونها عددية؛ إذْ ليس من ضرورة خروجها عن كونها ثمنًا ـ خروجُها عن كونها عددية، كالجوز والبيض، فأما الذهب والفضة ثمن بأصل الخِلْقَة، فلا ينعدم ذلك بجعلهما إياه مبيعًا؛ ألا ترى أن الفلوس تارة تروج وَتَكْسُد أخرى، وتروج في ثمن الخسيس، بخلاف النقود. كذا في المبسوط[٣].

وقوله: (ولا تعود وزنيًّا) رد لقول محمد أنها بعد الكساد تعود وزنيًّا؛ لأنها قِطاعُ صُفْرٍ موزونةٌ.

قيل: جواز السلم في الفلوس قول الكل، ونقول: الفرق لمحمد بين السَّلَم والبيع أن من ضرورة جواز السَّلم كون المسلم فيه مُثمّنًا، فتَضَمَّنَ إقدامُهما على

(*) الراجح: قول الشيخين.

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٠٨).

(٢) انظر: الإجماع لابن عبد البر (ص: ٢١٢)، برقم ٤٨١.

(٣) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٣٦، ١٣٧)، والمبسوط للشيباني (٥/ ٧).

وَقد ذَكرنَاهُ مِن قَبلُ (وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِي الحَيَوَانِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: يَجُوز لِأَنَّهُ يَصِيرُ مَعلُومًا بِبَيَانِ الجِنسِ وَالسِّنِّ وَالنَّوعِ وَالصِّفَةِ، وَالتَّفَاوُتُ بَعدَ ذَلِكَ يَسِيرٌ فَأَشبَهَ الثِّيَابَ، وَلَنَا: أَنَّهُ بَعدَ ذِكرِ مَا ذُكِرَ يَبقَى فِيهِ تَفَاوُتٌ فَاحِشٌ فِي المَالِيَّةِ بِاعتِبَارِ المَعَانِي البَاطِنَةِ فَيُفضِي إِلَى المُنَازَعَةِ، بِخِلَافِ الثِّيَابِ لِأَنَّهُ مَصنُوعُ العِبَادِ فَقَلَّمَا يَتَفَاوَتُ الثَّوبَانِ إِذَا نُسِجَا عَلَى مِنوَال وَاحِد.

السّلم إبطالًا لذلك الاصطلاح في حقهما، أما ليس من ضرورة جواز البيع كونُ البيع مثمنًا، كالدرهم والدينار، فلم يكن في جعلهما مثمّنًا ضرورة، فبقيَ كما كان، فيجوز السَّلَم فيها. كذا في الذخيرة، ومبسوط شيخ الإسلام. قيل: هو ظاهر رواية محمد.

(وقد ذكرناه من قبل) أي: في باب الربا.

[قوله:][1] **(ولا يجوز السَّلم في الحيوان)** سواء كان دابة أو رقيقًا، وبه قال الثوري والأوزاعي[2].

(وقال الشافعي: يجوز)[3] وبه قال مالك[4] وأحمد[5] إلا في الخَلِفَات[6]؛ فإن الخَلِفَة اسمٌ لمجهول الحال، وأما في الحال المطلق بلا صفة لا يجوز بالاتفاق.

(ببيان الجنس) بأن [قال][7]: إبل **(والنوع)** بأن قال: بُخْتِيٌّ[8] أو عربيٌّ **(والسن)** بأن قال: بنتُ مَخاضٍ أو جَذَعٌ[9] أو ثَنِيٌّ[10]، وفي الرقيق بأن قال: تركيّ أو روميّ أو هنديّ **(والصفة)** بأن قال: سمين أو هزيل[11] ابن عشرين

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٢٠٩).
(٣) انظر: الحاوي الكبير(٥/ ٣٩٩).
(٤) انظر: بداية المجتهد (٣/ ٢١٨).
(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٢٠٩).
(٦) الخَلِفَة: بفتح الخاء وكسر اللام: الحامل من النوق، لسان العرب (٩/ ٩٥).
(٧) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٨) الجمال البُخْتِيَّة: جمال طِوال الأعناق، وهي الخراسانية. لسان العرب (٢/ ٩).
(٩) الجَذَع: الصغير السن، وهو قبل الثَّنِيِّ، انظر: لسان العرب (٨/ ٤٣) والقاموس (١/ ٧٠٨).
(١٠) الثَّنِيَّة في الأضراس: أول ما في الفم، والثَّنِيُّ من الإبل: الذي يُلقي ثَنِيَّته، وذلك في السادسة. لسان العرب (١٤/ ١٢٣).
(١١) في الأصل: (هزال) والمثبت من النسخة الثانية.

وَقَد صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَن السَّلَمِ فِي الحَيَوَانِ» وَيَدخُلُ فِيهِ جَمِيعُ أَجنَاسِهِ حَتَّى العَصَافِيرُ.

سنة، ذكر أو أنثى، واحتج بما رُوِي عن عمرو بن العاص قال: إنه ﷺ أَمَرني أن أشتَرِي بَعيرًا بِبَعِيْرَين في تجهيزِ الجيشِ إلى أَجَلٍ.

وعن علي أنه باع بعيرًا له [١٣٨/ب] بعشرين بعيرًا إلى أجل.

وعن ابن عمر أنه اشترى راحلة بأربعة أَبْعِرَةٍ يُوفِيها صاحبَها[١] [بالرَّبَذَة][٢]، وفي [رواية][٣]: بأربعة أبعرة مضمونة.

والمعنى أنه مبيعٌ معلومٌ مضبوط الصفة فيجوز السَّلَم فيه، كالثياب والمكيلات والموزونات، وإنما قال: مضبوط الصفة لأن ببيان هذه الأشياء يصير معلومًا مضبوطًا، والتفاوت بعد ذلك غير معتبر، كما في الذبائح والثياب النفيسة.

والدليل عليه أن بني إسرائيل استوصفوا البقرةَ، فوصفها تعالى لهم، فأدركوها بتلك الصفة، حيث قالوا: ﴿ٱلْـَٰٔنَ جِئْتَ بِٱلْحَقِّ﴾ [البقرة:٧١]، وقال عليه السلام: «**ألا لا يَصِفِ[٤] الرَّجلُ [الرجلَ][٥] بَيْنَ يَدَي امْرأتِهِ حتَّى كأنَّها تَنظُرُ إليهِ، ولا تَصِفِ المرأةُ المرأةَ بين يَدَيْ زَوجِها حتى كأنه يَنْظُرُ إليها**»[٦].

فقد جعل الموصوف من الحيوان كالمرئي؛ ولهذا يثبت في الذمة مهرًا، [والدعوى][٧] والشهادة، وفيه يسمع بذكر الصفة، مع أن شرط صحتها كون المدَّعي المشهود له معلومًا بذكر الوصف، ودرك نهاية الوصف غير مُعتبر

---

(١) في الأصل: (صابرة) والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
والرَّبَذَة: قرية قربَ المدينة. المصباح المنير (١/ ٢١٥).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) في الأصل: (يوصف)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٥) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٦) أخرجه البخاري (٧/ ٣٨ رقم ٥٢٤٠) من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: «لا تباشر المرأة المرأة، فتنعتها لزوجها كأنه ينظر إليها».
(٧) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

....

شرعًا؛ فإن بين جيد وجيد من المكيل والموزون تفاوتًا لا يخفى، وكذا بين الثوبين والديباجين، فجعل الشرع عفوًا. كذا في المبسوط(١) وكتبهم.

ولنا ما رَوى ابن عباس أنه ﷺ «**نَهَى عن السلم في الحَيْوان**»، ورُوِيَ أن ابن مسعود دفع مالًا مضاربةً إلى رجل، فأسلم الرجل المال في قَلائِصَ(٢)، فقال ابن مسعود: ارْدُدْ مالنا، لا نُسْلِمُ أموالَنا في الحيوان.

وعن ابن عمر أنه قال: إن [من](٣) الرِّبا أبوابًا لا يَكَدْنَ يَخْفَيْنَ على أحدٍ، منها: السَّلَم في السن، والمعنى أنه أسلم في مجهول، فلا يصح، كما في الجواهر الكبار؛ وهذا لأن بعد ذكر ما ذكره الخصم يبقى تفاوت عظيم في المالية باعتبار معانٍ أُخر، كالصَّبَاحَةِ(٤) [والمَلاحة](٥) والفَصاحةِ والخُلُق الحَسَن والذِّهْن والكِياسة وحسن السَّيْر والهَمْلَجَة(٦) ـ وهي مَشْي سهل، وشدَّة العدو في الدواب ـ فإنك ترى عبدين أو أَمَتَيْن متفقَيْن في الأوصاف المذكورة المشروطة، ومع ذلك يُساوَى أحدُهما بألوف، والآخر بألف، قال الشاعر(٧):

رُبَّ وَاحِـدٍ يَـعْـدِلُ الألْـفَ زَائِـدًا وَأُلُـوفًـا تَـراهُـمْ لاَ يُـسَـاوونَ وَاحِـدًا

وفي المعرب ـ بالعين المهملة ـ: البيت غير مستقيم، وإنما هو:

[ألا رُبَّ فـرِدٍ... إلـى آخـره وألـفٌ لا يُـسـاوون واحِـدًا](٨)

وألوف ـ بالجر ـ لا يساوون واحدًا.

وهذه معانٍ لا تضبط بالوصف، فتبقى جهالةً مُفضِية الى المنازعة.

وكما أن العين مقصود، فالمالية أيضًا مقصودة، بل أكثر؛ لأن المقصود من العقد الاسترباحُ، وذلك يكون بالمالية، بخلاف الثياب، فإنها خُصَّت عن

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٣٢).
(٢) جمع قَلوص، بفتح القاف، وهي الشابّة من الإبل. القاموس (١/ ٦٢٨).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) الصباحة: الجمال. انظر: لسان العرب (٢/ ٦٠١).
(٥) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٦) الهَمْلَجَة والهِمْلاج: حسن سير الدابة في سرعة. لسان العرب (٢/ ٣٩٣).
(٧) انظر: المبسوط ١٢/ ١٣٣.
(٨) العبارة في الأصل: (رب فرد وألف لا يساوون واحدا إلى آخره)، والمثبت من النسخة الثانية.

....

القياس بأثر عليٍّ وابن عباس، فإنهما أجازا السَّلَم فيها، ولأن الثياب مصنوعة العباد، والعبد إنما يصنع بآلة، فإذا اتحد الصانع والآلة اتحد المصنوع، والثياب إذا نُسجت في منوال واحد على هيئة واحدة لا تتفاوت بالمالية إلا يسيرًا، ولا يُعتبر بذلك القدر، كالتفاوت بين الجيد والجيد من الحنطة في المالية، فأما الحيوان صنع الله تعالى، وذلك يكون على ما يريده الله تعالى، فقد يكون على وجه لا يوجد له نظير، ولو بالغ في بيان وصفه يصير عديم النظير، وفي مثله لا يجوز السَّلم بالاتفاق.

وعن عمرو بن أبي عمرو عن محمد قال: قلت له: إنما لا يجوز في الحيوان؛ لأنه غير مضبوط بالوصف، قال: لا، فإنَّا نُجوِّز السَّلَم في الذبائح، ولا يجوز في العصافير، ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الذبائح، ولكنه بالسنة.

وأما تأويل آثار الخصم أنه كان قبل نزول آية الربا، أو كان ذلك في دار الحرب وتجهيز الجيش، وإن كان في دار الإسلام فنقل الآلات كان من دار الحرب في أقربها إلى دار الإسلام يومئذٍ، وقد بيَّنا الفرق بين الثياب والجواهر والحيوان، فلا يجوز القياس عليه. وإنما ذكر الله تعالى لبني إسرائيل الأوصاف الظاهرة، وذلك يمكن إعلامه عندنا، ثم كان المقصودُ التشديدَ عليهم لما استقصَوْا في الاستيصاف. هكذا قاله ابن عباس(١).

وإنما نهى رسول الله ﷺ عن الاستيصاف؛ لخوف الفتنة، وذلك [يقع](٢) بالأوصاف الظاهرة، [وكذا سماع الدعوى والشهادة؛ لأن الأوصاف الظاهرة](٣) منها تصير معلومة.

وثبوته [في](٤) الذمة [مهرًا](٥)؛ لكون النكاح مبنيًّا على التوسع؛ فإن المقصود به شيء آخر غير المالية، بخلاف السَّلَم؛ ولهذا يجوز من غير بيان الوصف هناك. كذا في المبسوط(٦) والأسرار.

---

(١) انظر: تفسير الطبري (٢/٢٠٦).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٥) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٦) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٣٤).

قَالَ: (وَلَا فِي أَطْرَافِهِ كَالرُّؤُوسِ وَالأَكَارِعِ) لِلتَّفَاوُتِ فِيهَا إِذ هُوَ عَدَدِيٌّ مُتَفَاوِتٌ لَا مُقَدَّرٌ لَهَا. قَالَ: (وَلَا فِي الجُلُودِ ....

فإن قيل: السَّلَم في الحيوان إنما لا يصح لتفاوت يعتبره الناس، والتفاوت في العصافير غير معتبر بينهم، [فينبغي][(١)] أن يجوز السَّلَم فيها.

قلنا: العبرة في المنصوص [٢/ ١٣٩/ أ] لعين النص لا للمعنى، والنص لم يفصل بين حيوان وحيوان. كذا في الكافي.

وفي مبسوط شيخ الإسلام: والعصافير وإن كانت من العدديات المتقاربة إلا أنه في معنى المنقطع؛ لأنها مما لا يُقتنى ولا يُحبس للتوالد، وقد لا يمكن أخذه ولا رجحان؛ لإمكان الأخذ لتقام مقام الوجود، بخلاف السمك الطري؛ لرجحان إمكان أخذه.

فإن قيل: الحديث بظاهره لا يدل على ما ادَّعينا، فإن الخصم يقول أيضًا بأن السَّلَم في الحيوان المطلق لا يجوز كما اقتضى ظاهر الحديث، لكن الكلام في الحيوان المخصوص بالأشياء التي ذكرناها.

قلنا: قد فسر هذا الحديثَ محمدٌ في أول كتاب المضاربة أن ابن مسعود دفع مالًا مضاربةً إلى زيد بن خليدة، فأسلمها زيد إلى عتريس بن عرقوب في قلائص معلومة، فقال ابن مسعود: اردد مالنا، لا نسلم أموالنا في الحيوان. كذا في المبسوط[(٢)].

فعلم أن جواز السَّلَم فيه لم يكن فيه باعتبار ترك الوصف.

قوله: **(ولا في أطرافه)** أي: لا يجوز السَّلَم في أطراف الحيوان **(كالرؤوس والأكارع)**[(٣)] وبه قال الشافعي في الأظهر[(٤)]. والأكارع: جمع الكُراع، وهو ما دون الركبة في الدواب. كذا في المغرب[(٥)].

(ولا في الجلود) أي: لا يجوز السَّلَم فيها عددًا[(٦)]، وبه قال الشافعي في

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٣٢).
(٣) انظر: المحيط البرهاني (٧/ ٨٠).
(٤) انظر: المجموع (١٣/ ١٢٤).
(٥) المغرب في ترتيب المعرب (٤٠٦) وفيه: الكُراع: ما دون الكعب من الدواب، وما دون الركبة من الإنسان، وجمعه أكرع، وأكارع.
(٦) انظر: البناية (٨/ ٣٣٦).

عَدَدًا وَلَا فِي الحَطَبِ حُزَمًا وَلَا فِي الرَّطْبَةِ جُرُزًا) ....

الأظهر[(١)]، وقال مالك[(٢)] وأحمد[(٣)] في قول: يجوز السَّلم في الجلود والرؤوس والأكارع عددًا أو وزنًا، [لأنها مقدور التسليم، معلوم المقدار عددًا ووصفًا][(٤)] ومعلوم الصفةِ بالذِّكْر، ولأنها في معنى الثياب على معنى أنه يُتخَذ منه الفرو والقلانس والخِفاف، والسَّلَم في الثياب يجوز، فكذا في الجلود.

ولنا أنها لا توزن عادة، ولكنها تُباع عددًا، وهو عددي متفاوت فيها الصغير والكبير، ويختلف بالسِّمَن والهُزال، فلا يجوز السَّلَم فيها.

والحاصل أن هذا مبني على السَّلَم في الحيوان، وقد قام دليلٌ لنا على أن السَّلَم في الحيوان لا يجوز، فكذا في أبعاضه، وكذا لا يجوز السَّلَم في الأَدَم والورق؛ لأنه مجهول فيه الصغير والكبير، إلا أن يَشترِط من الأَدَم ضربًا معلوم الطول والعرض والجودة، فحينئذٍ يجوز كما في الثياب، وكذا إذا كان يُباع الأدم وزنًا، فيجوز السَّلَم فيها إذا كان على وجه لا تتمكن المنازعة في التسليم والتسلّم. كذا في المبسوط[(٥)].

وفي الذخيرة: ولو بَيَّن الجلود ضربًا معلومًا يجوز السلم فيها.

قوله: (**جُرَزًا**) [جمع الجُرْزَة][(٦)] بتقديم الراء المهملة على المعجمة، وهي القبضة من القتِّ ونحوه، أو الحُزْمة؛ لأنه قطعة، من الجَرْز، [وهو القطع، وما سواه تصحيف. كذا في المغرب[(٧)].

وأما الجِزَزُ][(٨)] بالزائين المعجمتين، فجمع جِزَّة، وهو الصوف المجزوز، وهذا ليس بموضعه.

وفي المبسوط[(٩)]: وكذا لا يجوز أوقارًا؛ لأن هذا مجهولٌ لا يُعرف طوله وعرضه، فإن الأوقار تختلف، وبسبب هذه الجهالة تتمكن المنازعة في التسليم

---

(١) انظر: المهذب للشيرازي (٢/ ٧٣).
(٢) انظر: الجامع لمسائل المدونة (١١/ ١٦٢).
(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٢١١).
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٥) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٣١).
(٦) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٧) انظر: المغرب (٨٠).
(٨) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٩) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٣١).

لِلتَّفَاوُتِ فِيهَا، إِلَّا إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ بِأَن بَيَّنَ لَهُ طُولَ مَا يَشُدُّ بِهِ الحُزمَةَ، أَنَّهُ شِبرٌ أَو ذِرَاعٌ فَحِينَئِذٍ يَجُوزُ إِذَا كَانَ عَلَى وَجه لَا يَتَفَاوَتُ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ حَتَّى يَكُونَ المُسلَمُ فِيهِ مَوجُودًا مِن حِينِ العَقدِ إِلَى حِينِ المَحِلِّ، حَتَّى لَو كَانَ مُنقَطِعًا عِندَ العَقدِ مَوجُودًا عِندَ المَحِلِّ، أَو عَلَى

والتسَلّم على وجه لا يتفاوت إلا بالشد كالطاح، أما إذا كان تفاوت كالشوك والسوس فلا يجوز؛ لإفضائه إلى المنازعة.

قوله: (إلى حين المحل) من حين حلول الأجل، وبقولنا قال الأوزاعي موجود وقت المحل خاصة، وبه قال مالك[(١)] وأحمد[(٢)] وإسحاق.

وفي المبسوط: أجمعوا على أن المسلم فيه إذا كان موجودًا وقت العقد معدومًا عند المحل لا يجوز العقد، ولو كان معدومًا عند العقد موجودًا عند المحل قال علماؤنا: لا يجوز[(٣)]، وقال الشافعي: يجوز[(٤)]، ولو كان موجودًا عند العقد وعند المحل ولكن انقطع فيما بين ذلك، [قال علماؤنا: لا يجوز، وقال الشافعي ومالك: يجوز.

فالشافعيّ يعتبر وجوده عند المحل، ومالك عند العقد وعند المحل، ولا يُعتبر الانقطاع فيما بين ذلك][(٥)].

وعلماؤنا اعتبروا وجوده عند العقد وعند المحل وفيما بين ذلك فتكون المسألة على أربعة أوجه.

للشافعي حديث ابن عباس رضي الله عنه أنه ﷺ دخل المدينة وأهلها يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال: «**مَنْ أَسْلَمَ مِنْكُمْ**» الحديث[(٦)]، ومعلومٌ أن الثمارَ الرطبة لا تبقى إلى هذه المدة، ومع ذلك قررهم على السلم فيها.

والمعنى أن وجوب التسّليم بحكم العقد عند حلول الأجل، فيُشترط وجوده

---

(١) انظر: بداية المجتهد (٣/ ٢١٨).
(٢) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٦٥)، والمحرر في الفقه (١/ ٣٣٣).
(٣) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٨).
(٤) انظر: المهذب للشيرازي (٢/ ٧١).
(٥) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٦) أخرجه البخاري (٣/ ٨٥ رقم ٢٢٤٠)، ومسلم (٣/ ١٢٢٦ رقم ١٦٠٤) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

الْعَكْسِ، أَو مُنْقَطِعًا فِيمَا بَيْنَ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجُوزُ إِذَا كَانَ مَوجُودًا وَقتَ المَحِلِّ لِوُجُودِ القُدرَةِ عَلَى التَّسلِيمِ حَالَ وُجُوبِهِ. وَلَنَا: قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تُسلِفُوا فِي الثِّمَارِ حَتَّى يَبدُوَ صَلَاحُهَا» وَلِأَنَّ القُدرَةَ عَلَى التَّسلِيمِ بِالتَّحصِيلِ ....

عنده؛ لتحصل القدرة على التسليم، ولا يقال من الجائز أن يموت المسلم إليه عقيب العقد فيحصل الأجل فيجب التسليم؛ لأن هذا موهومٌ، ولا يبنى العقد على الموهومات، ألا ترى أن اعتبار هذا الموهوم يؤدي إلى الحلول أو جهالة الأجل، وذلك مبطلٌ للسَّلم وإن كان موجودًا في الحال، وكذا لو انقطع فيما وراء المحل يجوز، وإن كان يتأخر التسليم إلى أن ينقطع، ولأن وجود المسلم فيه في مكان العقد ليس بشرط لجواز العقد، فكذا في زمان العقد؛ لأن التسليم لا يتأتى إلا بمكان وزمان فكما سقط اعتبارُ وجوده في مكان العقد فكذا في زمان العقد [٢/١٣٩/ب].

ولمالك(١) أن وقت العقد وقت التزام فيُشترط وجوده فيه، ووقت المحل وقت التسليم فيُشترط وجوده فيه، أما فيما بين ذلك ليس وقت الالتزام ولا وقت التسليم فلا يُشترط وجوده فيه، كما في التعليق، فإن الملك شرطٌ في الابتداء للانعقاد، وفي الانتهاء شرط ليزول الجزاء، وفيما بين ذلك لا يُشترط الملك، فكذا هاهنا. كذا في المبسوط(٢).

قوله: **(وَلَنَا قَوْلُهُ ـ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ـ: «لَا تُسَلِّفُوا»)** الحديث، وفي الحديث المعروف أنه عليه السلام **«نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمار حتى يَبْدُو صَلَاحَهَا»**(٣)، ولم يرد به النهي عينًا؛ لأن ذلك جائزٌ بشرط القطع، فعُرف أن المرادَ عن بيعها سلمًا، ومن جوَّز السَّلَم في المنقطع فقد جوَّز السَّلَم في الثمار قبل بدو الصلاح، فالحديث دلَّ على أن الوجود معتبر من وقت العقد إلى وقت المحل.

والمعنى فيه أن قدرة العاقد على تسليم المعقود عليه شرط لجواز العقد،

---

(١) انظر: بداية المجتهد (٣/٢١٩).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٢/١٣٤).
(٣) أخرجه البخاري (٢/١٢٧ رقم ١٤٨٦)، ومسلم (٣/١١٦٥ رقم ١٥٣٤) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

فَلَا بُدَّ مِن استِمرَارِ الوُجُودِ فِي مُدَّةِ الأَجَلِ لِيَتَمَكَّنَ مِن التَّحصِيلِ.

كما في بيع العين ولا يوجد ذلك إذا كان المسلم فيه معدومًا في الحال؛ لأن العاقد لا يقدر على تسليمه إلا باتصال حياته بأوان ذلك الشيء، واتصال حياته به موهوم، وبالموهوم لا تثبت القدرة.

ولا يقال حياته موجودة في الحال، فيبقى إلى ذلك الوقت، [والأصل بقاؤها، والموت موهوم قبله، لأنا نقول: بقاؤه إلى ذلك الوقت][1] باستصحاب الحال لا بدليل، والاستصحاب معتبرٌ في إبقاء ما كان على ما كان لا في إثبات أمر لم يكن، كحياة المعقود، فإنها باقية بالاستصحاب في إبقاء ماله على ملكه لا في توريثه من مورثه.

وبهذا الطريق لا تثبت القدرة على التسليم إلا أن يكون موجودًا في الحال حتى تكون حياته متصلًا بأوان ذلك الشيء، ثم عجزه بالموت أو بآخر التسليم إلى أن ينقطع موهومٌ فلا يُعتبر في إفساد العقد، يوضحه أن ما بعد العقد بمنزلة حال المحل؛ لأن زمان المحل وقت وجوب التسليم بشرط بقائه حيًّا إلى ذلك الوقت، وذلك موهوم وما بعد العقد وقت وجوب التسليم بشرط موته، وذلك موهوم أيضًا فاستويا.

فلما استويا من هذا الوجه، وقلنا بشرط الوجود [وقت المحل بالاتفاق؛ لوجوب التسليم فيه، فيجب أن يشترط الوجود][2] من وقت العقد إلى وقت المحل؛ لتوهم وجود الموت فيما بين ذلك ووجوب التسليم عليه في ذلك الوقت، والموهوم هاهنا ملحق[3] بالمتحقق؛ ألا ترى أنه لو أسلم في ثمار رجل بعينه أو ثمر حائط بعينه لم يجز؛ لتوهم هلاكه، وتوهم هلاك ثمر من حائط دون سائر الحوائط أندر من هلاك الحيّ، فلما اعتبر الموهوم هناك يجب أن يُعتبر هاهنا بالطريق الأولى. كذا في المبسوط[4] والأسرار.

وهذا معنى قول المصنف **(فلا بدَّ من استمرار الوجود)** إلى آخره؛ لأنه إذا مات أحد المتعاقدين بعد العقد قبل المحل يلزمُ تسليم المسلم فيه.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) في الأصل: (ملهم) والمثبت من النسخة الثانية.
(٤) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٣٥).

(وَلَو انقَطَعَ بَعدَ المَحِلِّ فَرَبُّ السَّلَمِ بِالخِيَارِ، إن شَاءَ فَسَخَ السَّلَمَ، وَإِن شَاءَ

وحدُّ الانقطاع ألا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت. كذا ذكره أبو بكر البلخي كذا في الذخيرة.

وفي مبسوط أبي اليسر: ولو انقطع في إقليم دون إقليم لا يصح السَّلَم في الإقليم الذي لا يوجد؛ [لأنه][١] لا يمكن إحضاره إلا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو أسلم في الرطب ببخارى لا يجوز وإن كان يوجدُ بسجستان[٢].

قوله: (ولو انقطع بعد المحل) أي: وقت حلول الأجل قبل التسليم **(فرب السلم بالخيار)** أي: لا يبطل العقد عند علمائنا[٣]، وبه قال الشافعي[٤] في قول وهو رواية عن الكرخي، ويسترد رأس المال للعجز عن التسليم، وصار كما لو هلك المبيع قبل القبض في بيع العين، فإن الشيء كما لا يثبت في غير محله لا يبقى بعد فوات محله، كما لو اشترى بالفلوس شيئًا ثم كسدت قبل القبض يَبْطل العقد لهذا المعنى، فكذا هاهنا.

ولنا أن السَّلَم قد صحَّ ويقدر التسليم بعارض على شرف الزوال، فيتخير العاقد فيه كما لو أبق المبيع قبل القبض؛ وهذا لأن المعقود عليه دين، ومحل الدين [الذمة] فيبقى الدين ببقاء محله، فكان المعقود عليه باقيًا ببقاء محله ولكن تأخر التسليم إلى أوان وجوده، وفيه تغيير شرط العقد فيثبت للعاقد الخيار من الفسخ والانتظار إلى أوان وجوده، وبه فارق هلاك العين في بيع العين، فإن المعقود هناك يفوت أصلًا، وكذلك الفلوس إذا كسدت فإن العقد يتناول فلوسًا هي ثمن، وبعد الكساد لا يبقى ثمن أصلًا ولا يرجى أصلًا رواجه ظاهرًا، ولو رجي لا يعلم متى يروج، فلم يكن للقدرة على التسليم أوان معلومٌ فيبطل العقد، بخلاف ما نحن فيه؛ لأن لإدراك الثمار والقدرة على التسليم [٢/ ١٤٠/أ] أوانًا معلومًا فيتخير. كذا في المبسوط[٥].

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (استحسانا)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٣٥).
(٤) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ٣٩٣).
(٥) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٣٥).

انتَظَرَ وُجُودَهُ) لِأَنَّ السَّلَمَ قَد صَحَّ، وَالعَجزُ الطَّارِئُ عَلَى شَرَفِ الزَّوَالِ فَصَارَ كَإِبَاقِ المَبِيعِ قَبلَ القَبضِ.

قَالَ (وَيَجُوزُ السَّلَمُ فِي السَّمَكِ المَالِحِ وَزنًا مَعلُومًا وَضَربًا مَعلُومًا) لِأَنَّهُ مَعلُومُ القَدرِ مَضبُوطُ الوَصفِ مَقدُورُ التَّسلِيمِ، إذ هُوَ غَيرُ مُنقَطِعٍ (وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِيهِ عَدَدًا) لِلتَّفَاوُتِ. قَالَ: (وَلَا خَيرَ فِي السَّلَمِ فِي السَّمَكِ الطَّرِيِّ إِلَّا فِي حِينِهِ وَزنًا

قوله: (في السمك المالح)، وبالفارسية: (ماتي خشك).

وفي المغرب[(١)]: سمك مليح ومملوح وهو المقدد الذي فيه ملح، ولا يقال سمك مالح إلا في لغة رديئة، ولكن قال الشاعر[(٢)]:

بَصْرِيَّةٌ تَزَوَّجَتْ بَصْرِيَّا يُطْعِمُهَا الْمَالِحَ وَالطَّرِيَّا

قال الإمام الزرنوجي: وكفى بذلك حجة للفقهاء، وقال الشافعي[(٣)] ومالك[(٤)] وأحمد[(٥)]: يجوز السَّلَم في جميع أنواع السمك وزنًا.

(ولا يجوز السلم فيه) أي: في السمك المالح **(عددًا)** وكذلك الطري، وبه قال الشافعي ومالك[(٦)] وأحمد **(للتفاوت)** أي: لتفاوت آحاده فإن فيه الصغير والكبير، ولأن الناس اعتادوا بيعه وزنًا فكذا في السلم، وفي شرح الطحاوي: لا يجوز السَّلَم في السمك عددًا طريًّا كان أو مالحًا؛ لتفاوت آحاده[(٧)]، ولو أسلم فيه وزنًا إن كان مالحًا يجوز، وإن كان طريًّا إن كان العقد في حينه، ولا ينقطع فيما بين ذلك ـ يجوز، وإلا فلا. هذا حاصل ما ذكر في المبسوط[(٨)].

وفيه: وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الكبار من السمك التي تقطّع لا

---

(١) المغرب (١/ ٤٤٥).

(٢) الرجز لعذافر في لسان العرب (٢/ ٦٠٠) (ملح)، (٤/ ٦٧) (بصر)؛ وتهذيب اللغة (٥/ ٩٩)؛ وتاج العروس (٧/ ١٤١) (ملح)، (١٠/ ٢٠٢) (بصر)؛ والتنبيه والإيضاح (١/ ٢٧٣)؛ والمخصص (٩/ ١٣٦).

(٣) انظر: روضة الطالبين (٤/ ٢٠).

(٤) انظر: بداية المجتهد (٣/ ١٧٦)، الفواكه الدواني (٢/ ٩٣).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٢٠٩). (٦) انظر: المدونة (٣/ ٦٦).

(٧) انظر: مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (٣/ ١١).

(٨) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٣٨).

مَعلُومًا وَضربًا مَعلُومًا) لِأَنَّهُ يَنقَطِعُ فِي زَمَانِ الشِّتَاءِ، حَتَّى لَو كَانَ فِي بَلَد لَا يَنقَطِعُ يَجُوزُ مُطلَقا، وَإِنَّمَا يَجُوزُ وَزنًا لَا عَدَدًا لِمَا ذَكَرنَا. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي لَحمِ الكِبَارِ مِنهَا، وَهِيَ الَّتِي تُقَطَّعُ اعتِبَارًا بِالسَّلَمِ فِي اللَّحمِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ(*).

يجوز السَّلم في لحمها كما في الحيوان؛ لأنه إذا كان يقطّع تجري المماكسة في نزع العظم منه، وتختلف رغبات الناس باختلاف الموضع، أما الصغار فيه يباع فيه وزنًا، ومما لا ينقطع فيجوز السَّلم فيها وزنًا.

وعن أبي يوسف[1] لا يجوز السَّلم في الكبار وزنًا، بخلاف اللحم؛ فإن هناك يمكن إعلام موضع منه الجنب أو الظهر، ولا يتأتى ذلك في السمك، فلا يجوز السَّلم فيها وزنًا.

وفي الإيضاح: والصحيح من المذهب أن السمك الصغار يجوز فيه السَّلم كيلًا ووزنًا، وفي الكيل روايتان، ولا فرق بين الطري والمالح.

وفي بعض المباسيط: طعن بعض الناس على محمد في قوله: إلا في حينه، وقال: الطري مما يوجد في الأحايين كلها؛ لأن وجوده لا يكون بالأخذ وأنه ممكن في كل الوقت، وهذا وهمٌ؛ لأنه قد يتعذر أخذه في بعض الأوقات بانجماد الماء، فكان اشتراط الحين صحيحًا.

(مطلقًا) أي: في حينه وغير حينه.

قوله: (وعن أبي حنيفة) إلى آخره: رواية الحسن كما روينا.

قوله: (ولا خير)[2] أي: لا يجوز **(السلم في اللحم)**، وعن العلامة شمس الدين الكردري رحمه الله في المجتهد إذا استخرج حكمًا بالرأي: فإن كان في حيز عدم الجواز يقول: لا خير، وإن كان في حيز الجواز يقول[3]: لا بأس؛ تحرّزًا عن القطع في حُكم الله تعالى بالرأي.

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/١٣٨).

(٢) انظر المتن ص ١٣٠.

(٣) في الأصل: (الجواز الأول:)، والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَلَا خَيرَ فِي السَّلَمِ فِي اللَّحمِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إِذَا وَصَفَ مِن اللَّحمِ مَوضِعًا مَعلُومًا بِصِفَة مَعلُومَة جَازَ)(*) لِأَنَّهُ مَوزُونٌ مَضبُوطُ الوَصفِ، وَلِهَذَا يَضمَنُ بِالمِثلِ. وَيَجُوزُ استِقرَاضُهُ وَزنا وَيَجرِي فِيهِ رِبَا الفَضلِ، بِخِلَافِ لَحمِ الطُّيُورِ، لِأَنَّهُ لَا يُمكِنُ وَصفُ مَوضِع مِنهُ ....

وفي المبسوط[١]: وإنما قال: لا خير؛ لأنه مختلف في قول أبي حنيفة.

(وقالا) أي: أبو يوسف ومحمد: يجوز السَّلم في اللحم إنْ بيَّن جنسه ونوعه وصفته وموضعه كشاة خَصِيٍّ ثَنِيٍّ سمين من الجنب أو الظهر مائة مَنٍّ، وبه قال الشافعي[٢].

وفي العيون[٣] والحقائق[٤]: والفتوى على قولهما.

(لأنه) أي: اللحم **(موزون)** في عادة الناس **(مضبوط الوصف)** ببيان هذه الأشياء. وفي المبسوط[٥]: قيل: لا خلاف بينهما وبين أبي حنيفة؛ بل جواب أبي حنيفة فيما إذا أطلقا العلم في اللحم، وهما لا يجوزان ذلك أيضًا، وجوابهما فيما إذا بيّنا موضعًا معلومًا، وأبو حنيفة يجوز ذلك أيضًا، والأصح أن الخلاف ثابت، وعنده لا يجوز السَّلم وإن بيَّن موضعًا معلومًا.

وجه قولهما أنه موزون معلوم مضبوط الوصف فيجوز السَّلم فيه كما في سائر الموزونات.

قوله: (ولهذا يضمن بالمثل) إلى آخره، دليل كونه موزونًا، وما فيه من العظم غير مانع لجوازه كالنوى في التمر في المكيلات؛ لأنه ثابت بأصل الخلقة؛ ولهذا يجوز السَّلَم في الألية وإن كانت لا تخلو عن أدنى عظم، ويجوز السَّلَم في الشحم والألية بالإجماع[٦]؛ لأنه موزون معلوم الوصف.

(لا يمكن وصف موضع) أي: من لحم الطيور؛ لأن جنس عضو الطير قليل، ولا يُشترى لحم العضو عادةً.

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٣٧).

(٢) انظر: نهاية المطلب (٦/ ٤٣).

(٣) عيون المسائل (١/ ١٧٥).

(٤) تبيين الحقائق (٤/ ١١٣).

(٥) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١١٣).

(٦) انظر: الإجماع لابن المنذر (ص: ٩٨)، برقم ٥٠٠.

وَلَهُ: أَنَّهُ مَجهُولٌ لِلتَّفَاوُتِ فِي قِلَّةِ العَظمِ وَكَثرَتِهِ أَو فِي سِمَنِهِ وَهُزَالِهِ عَلَى اختِلَافِ

وفي الذخيرة: لا يجوز السَّلم في لحم الطيور أما عددًا فظاهر؛ لأنه عددي متقارب، وأما وزنًا فظاهر، وما ذكر محمد يدل على جوازه؛ لأنه أطلق[١].

وقيل: المسألة لا تجوز عندهم، إلا أنه حمل المذكور من لحم الطيور على طيور لا تُقتنى ولا تُحبس للتوالد، فيكون البطلان بسبب أنه أسلم في المنقطع، فلا يجوز عند الكل، فأما فيما يُقتنى ويُحبس للتوالد يجوز عندهم؛ لأن ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس، فلا تجري فيه المنازعة بسببه، فكان بمنزلة عظم الألية وعظم السمك، وإليه مال شيخ الإسلام خواهر زاده.

وعن أبي يوسف ما لا تتفاوت آحاده [٢/ ١٤٠/ب] كالعصافير ونحوها يجب السلم فيها وفي لحومها[٢]، وبه قال الشافعي في لحوم كل الطيور[٣].

(وله) أي: لأبي حنيفة **(أنه)** أي: اللحم **(مجهولٌ)** فإن اللحم يقل عند عِظَم العَظْم ويكثر عند صِغره فكان المسلم فيه مجهولًا؛ ألا ترى أنه تجري المماكسة بين البائع والمشتري في ذلك، فالمشتري يطالبُه بالنزع والبائع يدسّه فيه، وهذا النوع من الجهالة والمنازعة لا يرتفع ببيان الموضع وذكر الوزن، بخلاف النوى في التمر فإن المنازعة لا تجري في نزع ذلك، وكذلك العظم الذي في الألية، وعلى هذا الطريق إذا أسلم في منزوع العظم يجوز السَّلم فيه عنده، وهو اختيار محمد بن شجاع البلخي. كذا في المبسوط[٤].

(أو في سِمَنِه) أي: سمن اللحم **(وهُزاله)**.

و في المبسوط[٥]: الطريق الآخر له أن اللحم مشتمل على السِّمَن والهُزال، ومقاصد الناس في ذلك مختلف، فمنهم من يرغب في السَّمن ومنهم من يرغب في الهزال، وذلك يختلف باختلاف فصول السنة، وبقلة الكلأ وكثرته، والسَّلم لا يكون إلا مؤجّلًا، وعند حلول الأجل لا يُدرى على أي صفة

---

(١) انظر: المحيط البرهاني (٧/ ٨١).
(٢) انظر: التجريد للقدوري (٥/ ٢٦٧٩).
(٣) انظر: روضة الطالبين (٤/ ٢٠).
(٤) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٣٧).
(٥) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٣٧، ١٣٨).

فُصُولِ السَّنَةِ، وَهَذِهِ الجَهَالَةُ مُفضِيَةٌ إِلَى المُنَازَعَةِ. وَفِي مَخلُوعِ العَظمِ لَا يَجُوزُ عَلَى الوَجهِ الثَّانِي وَهُوَ الأَصَحُّ، وَالتَّضمِينُ بِالمِثلِ مَمنُوعٌ.

وَكَذَا الِاستِقرَاضُ، وَبَعدَ التَّسلِيمِ فَالمِثلُ أَعدَلُ مِن القِيمَةِ، وَلِأَنَّ القَبضَ يُعَايَنُ

يكون، وهذه الجهالة لا ترتفع بذكر الوصف، فكان السَّلم في اللحم بمنزلة السلم في الحيوان، وبه يفارق الاستقراضَ، فالقرض لا يكون إلا حالًّا، وفي الحالِّ صفة السِّمَن والهُزال معلومة، بخلاف الشحم والألية فالتفاوت فيهما من حيث القِّلة، وبذكر الوزن تزول القلّة.

وهذا الطريق لا يجوز السَّلَم في منزوع العظم، وهذا معنى قول المصنف: (**وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني**) وهو الاختلاف في السمن والهزال (**وهو الأصح**) لجواز أن يكون الحكم معلولًا بعلتين، ولا يلزم من انتفاء إحدى العلتين انتفاء الحكم.

وقوله: (والتضمين [بالمثل][١] جواب عن قولهما، يعني اللحم من ذوات القيم [في رواية بيوع الجامع، قال الإمام ظهير الدين: كان والدي يقول: إن كان نضيجًا فهو من ذوات القيم][٢] وإن كان نَيِّئًا ففيه روايتان.

والاستقراض وزنًا ممنوعٌ أيضًا، وبعد التسليم؛ يعني: سلمنا أن اللحم مضمون بالمثل فيفرّق بين الضمان والسلم، والفرق أن المعادلة في باب الضمان شرط بالنص.

(**والمثل أعدل من القيمة**) لأنه يماثله صورة ومعنى، والقيمة لا تماثله صورة، والموجب الأصلي رد العين، والمثل أقرب إلى العين فكان أقرب منها، فكان إيجاب الضمان بما فيه تفاوت قليل أولى من إلحاقه بما فيه تفاوت كثير، وكان إيجاب الضمان بالمثل لا يدل على عدم التفاوت (**ولأن القبض**) يعني في الاستقراض يقبض حالًّا فترتفع الجهالة فلا تفضي إلى المنازعة، أما في السلم فالمسلم فيه يُعرف بالوصف، وبالوصف لا ترتفع الجهالة فتفضي إلى المنازعة.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَيُعرَفُ مِثلَ المَقبُوضِ بِهِ فِي وَقتِهِ، أَمَّا الوَصفُ فَلَا يُكتَفَى بِهِ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ إِلَّا مُؤَجَّلًا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: يَجُوزُ حَالًّا لِإِطلَاقِ .

وفي الكافي: القبض محسوسٌ معاين في القرض وأخته، فأمكن اعتبار المقبوض ثابتًا بالأول، والسَّلَم يقع على الموصوف في الذمة، وبالوصف عند العقد لا يعرف الوجود عند المحل (**فلا يكتفى به**) أي: بالوصف؛ لبقاء الجهالة المفضية إلى المنازعة.

قوله: (ولا يجوز السلم إلا مؤجلًا) يعني: يشترط لصحته الأجل، وبه قال مالك[١] وأحمد[٢].

(**وقال الشافعيّ**[٣]: **يجوز**) أي: السلم (بدون الأجل)، وفي بعض النسخ: (**يجوز حالًّا**)، وبه قال عطاء، وأبو ثور[٤] واختاره ابن المنذر.

وصورة السَّلَم أن يقول: أسلمت عشرة في كُرِّ حنطة، ولم يذكر الأجل؛ لإطلاق الحديث وهو ما روي أنه ﷺ «**نَهَى عن بَيعِ مَا لَيْسَ عندَ الإنسانِ، ورخَّصَ في السَّلَم**»[٥] فالنبي ﷺ أجاز السَّلم مطلقًا، فاشتراط التأجيل زيادة على النص، ولأنه مبادلة المال بمال فلا يكون التأجيل فيه شرطًا كما في بيع الأعيان؛ وهذا لأن الأجل لو شرط إنما يُشترط لأجل القدرة على التسليم؛ لأنه شرط جواز العقد والمسلم فيه دينٌ في الذمة، وتسليم الدين بالمثل الموجود في العالم.

والظاهر من حال العاقد أنه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر على تسليمه، ولو لم يكن قادرًا حقيقة فهو قادرٌ على تحصيله والتسليم؛ فلهذا أوجبنا تسليم أرش المال، بخلاف الكتابة الحالة فإن الشافعي لا يجوزه؛ لأن العبد بالكتابة يخرج

---

(١) انظر: المعونة على مذهب مالك المدينة (١/ ٩٨٣).

(٢) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٦٢).

(٣) انظر: الإقناع للماوردي (١/ ٩٥).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٢١٨).

(٥) تقدم قول الكاكي: (هذا نقل الحديث بالمعنى، ولفظ الحديث: «لا تبع ما ليس عندك») أهـ.
وقد أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٣ رقم ٣٥٠٤)، والترمذي (٢/ ٥٢٦ رقم ١٢٣٤)، وابن ماجه (٢/ ٧٣٧ رقم ٢١٨٨)، والنسائي (٧/ ٢٨٨ رقم ٤٦١١) من حديث عبد الله بن عمرو ﷺ.
قال الترمذي: وهذا حديث حسن صحيح، وقال الحاكم: هذا حديث على شرط حمله من أئمة المسلمين صحيح. «المستدرك» (٢/ ١٧).

....

من يد مولاه ولا يدخل في يده شيءٌ من المال فلا يصيرُ قادرًا على تسليم بدل الكتابة، وبما يدخل في ملكه بالعقد لا يقدر على التحصيل إلا بمدة؛ فلهذا لا يجوز إلا مؤجّلًا.

فأما المسلم فيه فحر من أهل الملك قبل العقد، فالظاهر قدرته على التسليم، إلا أن يكون معدومًا في العالِم لا يقدر على تسليمه إلا بوجوده في زمانه، فلا يجوز السَّلم فيه إلا مؤجلًا. كذا في المبسوط(١).

لأن السَّلَم الحال أبعدُ من الغرر ومن المؤجّل(٢)، وقوله ﷺ: «**مَنْ أَسْلَمَ مِنْكُمْ**»(٣) [٢/١٤١/أ] محمولٌ على الغالب؛ إذِ الغالب في السلم أن يكون مؤجلًا.

ولنا قوله ﷺ: «**مَنْ أَسْلَمَ مِنْكُمْ**» الحديث، فقد شرط لجوازه(٤) إعلام الأجل، كما شرط إعلام القدر(٥).

وفي الأسرار والمبسوط(٦): وظاهره يحرم السَّلَم إلا بهذه الأوصاف، كمن قال لآخر: من أراد الصلاة فليتوضأ، ومن أراد دخول داري فليدخل غاضّ البصر، فتقيد المطلق في حديث الرخصة بهذا.

وفي الكافي: فيه إشكالٌ؛ لأنه يقتضي انحصار ما جاز من السَّلَم في المذكور في الحديث؛ إذِ السَّلَم يصح في المذروع والمعدود، فكان الحديث ساكتًا عن بيان السَّلَم الحالّ وما رواه ناطق؛ إذِ المطلق لا يحمل على المقيد عندنا.

ويمكن أن يُقال: إن الأصل عدم جواز السَّلَم؛ لكونه بيع معدوم، وما ورد النص بجوازه إلا مؤجّلا، وما رُوِيَ حكاية حالٍ فلا عموم لها، وقد أريد به السَّلَم المؤجل بالإجماع(٧) فلم يُرد غيره؛ لئلا يتعمم.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٢٥).
(٢) انظر: العزيز شرح الوجيز (٤/ ٣٩٦).
(٣) أخرجه البخاري (٣/ ٨٥ رقم ٢٢٤٠)، ومسلم (٣/ ١٢٢٦ رقم ١٦٠٤) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
(٤) في الأصل: (تجويزه)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٥) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٢٥).
(٦) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٢٥).
(٧) انظر: الإجماع لابن المنذر (ص: ٩٨)، برقم ٤٩٦.

الحَدِيثِ وَرَخَّصَ فِي السَّلَمِ. وَلَنَا: قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِلَى أَجَلٍ مَعلُوم» فِيمَا رَوَينَا، وَلِأَنَّهُ شُرِعَ رُخصَةً دَفعا لِحَاجَةِ المَفَالِيسِ، ....

وفي الفوائد الحميدية: في هذه المسألة يتراءى[1] أن الشافعي ترك أصله، حيث لم يحمل المطلق على المقيد، وأصحابنا كذلك حتى حملوا المطلق على المُقيّد، فالتقصّي عن هذا أن نقول:

أما عند الشافعيّ: إنما يحمل إذا لم تختلف الأصول، وهاهنا اختلفت، فلا يحمل كما في صوم كفارة اليمين، وبيان اختلافها: أن البيع يجوز حالًّا ومؤجّلًا، فبالنظر إلى البيع يجوز حالًّا ومؤجلًا، وبالنظر إلى الكتابة لا يجوز إلا مؤجلًا.

وأما عندنا: فإنما لا يُحمل إذا أمكن العمل بهما، وهاهنا الحكم والحادثة واحدة فلا يمكن العملُ بهما؛ للتضاد، فإنه يستحيل أن يكون الشيء الواحد في زمان واحد ثابتًا وغير ثابت، فإن قوله ﷺ: «**مَنْ أَسْلَمَ**» الحديث يقتضي جواز السَّلَم منحصرًا عليه كما بيّنا، فحينئذٍ لا يمكن إجراء المطلق على إطلاقه، وأما السَّلَم في المذروع والمعدود فبدلالة النص؛ لأنهما في معنى المنصوص من كل وجهٍ، بخلاف الحالّ والمؤجل. كذا قيل.

قوله: (دَفْعًا لِحَاجَةِ الْمَفَالِيسِ)، وفي المبسوط[2] والأسرار: قوله ﷺ: «**وَرَخَّصَ فِي السَّلَم**»، دلَّ أن الأصل في باب السَّلَم الفساد، وإنما أبيح رخصةً؛ لأن الرخصة ما استبيح مع قيام المحرم تيسيرًا على العباد، وكل الأعذار للعباد في العجز، والعجز في باب السَّلَم حاجة الفقير إلى ثمن السلعة لعسرته، والعجز بسبب المعدوم لا يرتفع إلا بالتمليك، وذلك لا يحصل عادة إلا بزمان يتكسب فيه، أو مجيء حين الحصاد، فلم يُبح ذلك إلا بأجل ليتمكن فيه من التكسب فيقدر على التسليم، فصار الأجل شرطًا لا بعينه، بل للقدرة على التسليم كما قال الشافعي في الكتابة.

---

(١) في الأصل: (أي)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) المبسوط للسرخسي (١٢/١٢٦، ١٢٧).

....

إلا أنا نقول: البدل في الكتابة معقودٌ به لا معقودٌ عليه، والقدرة على تسليم المعقود به ليس بشرط كالثمن في البيع.

فأما المسلم فيه فمعقودٌ عليه فتشترط القدرة على تسليمه كما في بيع العين، ولأن الكتابة إرفاق، فالظاهر أن المولى لا يضيق عليه في المطالبة بالبدل، وأما السلم فعقد تجارة وهو مبني على الضيق، فالظاهر أنه يطالبه بالتسليم عقيب العقد وهو عاجزٌ عن ذلك؛ فلهذا لم يجوزه إلا مؤجلًا.

فإن قيل: لو كان شرعية السلم[١] دفعًا لحاجة المفاليس لاختصَّ بحالة الإفلاس؛ لأنه ثبت على خلاف القياس فيقصر عليه، وليس كذلك، ألا ترى أنه يجوز بيع الحنطة سلمًا وعنده أكْرارُ حنطة.

قلنا: إن الشيء لا يُباع سلمًا إلا بأدنى الثمنين، [والتاجر لا يبيع إلا للربح، فدل البيع بأدنى الثمنين][٢] على أنه لا يبيع إلا للعجز عن الرابح، ولا عجز بأن يجعل ما عنده مستغرقًا لحاجته، ولأن حقيقة العدم أمر باطن لا يمكن الوقوف عليه حقيقة، والشرع بنى هذه الرخصة على العدم، فينبني على السبب الظاهر الدال على العدم ليمكّننا تعليق الحكم به، والبيع بالخسران دليلٌ على العدم.

فإن قيل: إنما سُمّي السلم سلمًا؛ لما فيه من استعمال[٣] رأس المال.

قلنا: إن السلم اسمٌ للمسلم فيه دون رأس المال فلا يكون الاسمُ مُبيّنًا عمَّا ليس بمقصود في العقد، ولأنا اتفقنا على وجوب تسليم رأس المال أولًا [لأن قضية المعاوضة التسوية بين المتعاقدين][٤] في الملك.

والتسليم يعني لو كان أحد البدلين ـ وهو المسلم فيه ـ جائز التسليم عند الخصم في الحال ينبغي أن [يكون][٥] الحكم كذلك في رأس المال بأن يكون جائز التسليم لا واجب التسليم لمقتضى التسوية، ولم يكن كذلك، فعُلم أن

---

(١) في الأصل: (الثمن)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) في النسخة الثانية: (استعجال).
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٥) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَلَا بُدَّ مِن الأَجَلِ لِيَقدِرَ عَلَى التَّحصِيلِ فِيهِ فَيُسَلِّمُ، وَلَو كَانَ قَادِرًا عَلَى التَّسلِيمِ لَم يُوجَد المُرَخِّصُ فَبَقِيَ عَلَى النَّافِي.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِأَجَل مَعلُوم) لِمَا رَوَينَا، وَلِأَنَّ الجَهَالَةَ فِيهِ مُفضِيَةٌ إِلَى المُنَازَعَةِ كَمَا فِي البَيعِ، وَالأَجَلُ أَدنَاهُ شَهرٌ(*)، وَقِيلَ: ثَلَاثَةُ أَيَّام، وَقِيلَ: أَكثَرُ مِن

الأصل في السلم فيه غير جائز؛ بل هو واجب ويتضح هذا فيما إذا كان رأس المال عينًا فإن أول السلمين في البدل الذي هو دين، كالثمن في بيع العين.

والدليل عليه: أن السلم اختص بالدين، مع مشاركة العين الدين فيما هو المقصود، فما كان ذلك إلا لاختصاصه بحكم يختص به الدين، وليس في ذلك إلا الأجل، وبه يبطل قول من قال: إن السلم الحالَّ [٢/ ١٤١/ب] أبعد عن الغرر من السلم المؤجل، ومع ذلك اختص السلم بالدين بالإجماع[(١)].

وأما قولهم: فيُحمل الحديث على الغالب[(٢)].

قلنا: ذاك بخلاف الأصل لدلائل ذكرناها. كذا في المبسوط والأسرار.

(لم يوجد المرخص) وهو العجز عن التسليم **(فبقي على النافي)** وهو قوله ﷺ: **«لَا تَبِعْ مَا لَيسَ عِندَك»**[(٣)].

قوله: (إلّا أجل معلوم)، وبه قال الشافعي[(٤)] وأحمد[(٥)] **(لما روينا)** وهو قوله ﷺ: **«مَنْ أَسْلَمَ مِنْكُمْ»** الحديث[(٦)]، وقال مالك[(٧)]: يجوز الأجل إلى الحصاد؛ لعدم إفضائه إلى المنازعة غالبًا.

قوله: (وقيل ثلاثة أيام) رواه أحمد بن عمران البغدادي أستاذ الطحاوي عن أصحابنا، اعتبارًا للأجل بالخيار الذي ورد الشرع بتقديره ثلاثة أيام، وهو رواية عن محمد.

(*) الراجح: أن الأجل أدناه شهر.
(١) انظر: الإجماع لابن المنذر (ص: ٩٨)، برقم (٤٩٦).
(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٢٦). (٣) تقدم تخريجه قريبًا.
(٤) انظر: المجموع شرح المهذب للنووي (١٣/ ٩٧).
(٥) انظر: العدة في شرح العمدة (١/ ٢٦٠).
(٦) أخرجه البخاري (٣/ ٨٥ رقم ٢٢٤٠)، ومسلم (٣/ ١٢٢٦ رقم ١٦٠٤) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
(٧) انظر: المعونة على مذهب غالم المدينة (١/ ٣٨٩).

نِصفِ يَوم. وَالأَوَّلُ أَصَحُّ (وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ بِمِكيَالِ رَجُل بِعَينِهِ وَلَا بِذِرَاعِ رَجُل بِعَينِهِ) مَعنَاهُ: إِذَا لَم يُعرَف مِقدَارُهُ، لِأَنَّهُ تَأَخَّرَ فِيهِ التَّسلِيمُ فَرُبَّمَا يَضِيعُ فَيُؤَدِّي إِلَى المُنَازَعَةِ وَقَد مَرَّ مِن قَبلُ، وَلَا بُدَّ أَن يَكُونَ المِكيَالُ مِمَّا لَا يَنقَبِضُ وَلَا يَنبَسِطُ

وفي شرح المجمع: وهذا ليس بصحيح؛ لأن الثلاث مثال أقصى المدة، وأدناه غير مقدَّر، وهكذا في الإيضاح[١].

وقيل: أكثر من نصف يوم، وبه قال أبو بكر الرازي وبعض أصحاب زفر؛ لأن المعجل ما كان مقبوضًا في المجلس، والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس، ولا يبقى المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم.

ومن مشايخنا من قال: أدناه شهر استدلالًا بمسألة كتاب الإيمان، وهي أن المديون إذا حلف ليقضينّ حقه عاجلًا، فقضاه قبل تمام الشهر، بَرَّ في يمينه، فإذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الآجل. كذا في المبسوط[٢].

وفي الذخيرة عن الكرخي: أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه، وإلى عرف الناس في تأجيل مثله [فإن كان قَدر ما أجّل أحدٌ يؤجّل مثله][٣] في العُرف والعادة يجوز السَّلَم وما [لا][٤] فلا.

وعن محمد أدناه شهرٌ، وعليه الفتوى، وقيل: تقديرُ الأجل إلى المتعاقدين، فإن قدّرا نصف يوم جاز. كذا في الإيضاح[٥].

قوله: (وقد مرَّ من قبل) أي: في كتاب البيوع في مسألة: ويجوز البيع بإناء بعينه، وبقولنا قال الشافعي.

(ولا بأن يكون المكيال)، وفي بعض النسخ: **(ولا بدَّ أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط)**.

---

(١) الإيضاح في الفروع للكرماني، (اللوح: ٥٣).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٢٧).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٥) الإيضاح في الفروع للكرماني (اللوح: ٥٣).

كَالقِصَاعِ مَثَلًا، فَإِن كَانَ مِمَّا يَنكَبِسُ بِالكَبسِ كَالزِّنبِيلِ وَالجِرَابِ لَا يَجُوزُ لِلمُنَازَعَةِ، إِلَّا فِي قِرَبِ المَاءِ لِلتَّعَامُلِ فِيهِ، كَذَا رُوِيَ عَن أَبِي يُوسُفَ رحمه الله. قَالَ: (وَلَا فِي طَعَامِ قَريَةٍ بِعَينِهَا) أَو ثَمَرَةِ نَخلَةٍ بِعَينِهَا، لِأَنَّهُ قَد يَعتَرِيهِ آفَةٌ فَلَا يَقدِرُ عَلَى التَّسلِيمِ، وَإِلَيهِ أَشَارَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حَيثُ قَالَ: «أَرَأَيتَ لَو أَذهَبَ اللَّهُ تَعَالَى الثَّمَرَ بِمَ يَستَحِلُّ أَحَدُكُم مَالَ أَخِيهِ؟» وَلَو كَانَت النِّسبَةُ إِلَى قَريَةٍ لِبَيَانِ الصِّفَةِ لَا بَأسَ بِهِ ....

الكبس: (ابناسين) من حَدِّ ضرب، والانكباس (انباشته شدن).

(كالزنبيل) وفي بعض النسخ: (كالزبيل) أكثر، وفي المغرب والصحاح: والزَّبِيل، بالفتح بدون التشديد، وبالكسر مع التشديد، لأنه ليس في كلام العرب (فَعْليل) بالفتح.

قوله: (وإليه أشار النّبيّ ﷺ) روي عن النبي ﷺ أنه سمع أقوامًا يسلفون في ثمر حائط فلان بعينها، فمنعهم رسول الله ﷺ عن ذلك، وقال: «**أرأيت**» أي: أخبرني «**لَوْ أَذْهَبَ اللهُ ثَمَرَته تلك السَّنة بِمَ يستَحلّ...**» إلى آخره[(١)]، فأشار إلى العلّة، وهو ذهاب ثمرة تلك السنة، والذهاب موهومٌ، ومع هذا جعله كالمتحقق في منع جواز السَّلم، كما إذا أسلم بمكيال فلان بعينه؛ لأن القدرة على التسليم عند المحل شرطٌ، وبالموهوم لا تتحقق القدرة. كذا في المبسوط[(٢)]، وبقولنا قال الشافعي[(٣)].

قوله: (ولو كانت النسبة) إلى آخره، إذا أسلم في حنطةٍ من حنطةِ هَرَاة وطعام ينقطع عن أيدي الناس فلا يجوز السَّلَم، كما لو أسلم في طعام قراح[(٤)] بعينه.

وفي المجتبى قال: عامة المشايخ لم يرد هراة خراسان، وإنما مراده قرية من الفرات تسمى هراة، وطعام تلك القرية يتوهم أن يصيبها آفة، أما هَرَاة

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ٧٨ رقم ٢٢٠٨)، ومسلم (٣/ ١١٩٠ رقم ١٥٥٥) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

(٢) في الأصل: (القدرة)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٣) انظر: المهذب للشيرازي (٢/ ٧٥).

(٤) اسم موضع. انظر: لسان العرب (٢/ ٥٦٢).

عَلَى مَا قَالُوا كالخشمراني بِبُخَارَى وَالبَسَاخِيِّ بِفَرغَانَةَ.

قَالَ: (وَلَا يَصِحُّ السَّلَمُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا بِسَبعِ شَرَائِطَ: جِنسٌ مَعلُومٌ) كَقَولِنَا: حِنطَةٌ أَو شَعِيرٌ (وَنَوعٌ مَعلُومٌ) كَقَولِنَا: سَقِيَّةٌ أَو بَخسِيَّةٌ (وَصِفَةٌ مَعلُومَةٌ) كَقَولِنَا: جَيِّدٌ

خراسان فلا يتوهّمْ انقطاعُ طعامه؛ لأنها إقليم، فالسَّلم فيه، وفي طعام العراق والشام سواء. كذا في المبسوط، وبقولنا قال الشافعي(١).

(على ما قالوا) أي: المشايخ **(كالخشمراني)**(٢) أي: الحنطة المنسوبة إلى الخشمران، قرية، وهي حنطة جيدة.

(والبُسَاخي) بضم الباء وكسرها، كذا السماع، أي: الحنطة المنسوبة إلى البساخ، قرية، وهي حنطة جيدة بفرغانة، والمراد بالنسبة إليهما الجودة لا النابت فيهما.

قوله: (ولا يصح السلم عنده إلا بسبع)، وفي بعض النسخ: (إلا بسبعة) وهو الأصح، وقيد بقوله: **(عند أبي حنيفة)** لأن الانحصار في السبع المقيد من التركيب على قوله؛ إذ لا خلاف لأحدٍ من العلماء في اشتراط الجنس والنوع والصفة والقدرة والأجل عندنا، إنما الخلاف في غيرها.

فإن قيل: هاهنا شرطان لم يعدّهما من الشرائط وهو تعجيل رأس المال، والقدرة على تحصيل المسلم فيه.

قلنا: ما ذُكر شرائط يحتاج إلى ذكرها في العقد، وهذان الشرطان لا يحتاج فيه، وإليه أشار القدوري [٢/١٤٢/أ] بقوله: إلا بسبعة شرائط يُذكَر في العقد، وإليه أشير في المبسوط(٣) أيضًا حيث قال: الشرائط التي يحتاج إلى ذكرها في العقد.

(سقية) أي: مسقية، وفي المغرب(٤): السقية ما يُسقى سيحًا، والبخسيّ بخلافه، منسوب إلى البخس، وهي الأرض التي تسقيها السماء؛ لأنها مبخوسة الحظ من الماء.

---

(١) انظر: المهذب للشيرازي (٢/ ٧٥).
(٢) في الأصل: (كالخشران)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٢٤).
(٤) المغرب في ترتيب المعرب (١/ ٢٢٣).

أو رَدِيءٌ (وَمِقدَارٌ مَعلُومٌ) كَقَولِنَا: كَذَا كَيلا بِمِكيَال مَعرُوف وَكَذَا وَزنًا (وَأَجَلٌ مَعلُومٌ) وَالأَصلُ فِيهِ مَا رَوينَا وَالفِقهُ فِيهِ مَا بَيَّنَّا (وَمَعرِفَةُ مِقدَارِ رَأسِ المَالِ إِذَا كَانَ يَتَعَلَّقُ العَقدُ عَلَى مِقدَارِهِ كَالمَكِيلِ وَالمَوزُونِ وَالمَعدُودِ وَتَسمِيَةُ المَكَانِ الَّذِي يُوفِيهِ فِيهِ إِذَا كَانَ لَهُ حِملٌ وَمُؤنَةٌ) وَقَالَا: لَا يَحتَاجُ إِلَى تَسمِيَةِ رَأسِ المَالِ إِذَا كَانَ مُعَيَّنًا

(والأصل فيه) أي: في اشتراط الشرائط المذكورة **(ما روينا)** وهو قوله ﷺ: «**مَنْ أَسْلَمَ مِنْكُمْ**» الحديث، ولما ثبت به بيان القدر المعلوم والأجل المعلوم ثبت بيان الجنس والنوع والصفة بطريق الدلالة، وما يتعلق بنفس السَّلَم لدفع الجهالة المُفضية الى المنازعة. كذا قيل.

قوله: (ومعرفة مقدار رأس المال) إلى آخره، إذا كان رأسُ المال من المكيلات أو الموزونات أو المعدودات وجب إعلام قدره، وإن كان مُشارًا إليه، وبه قال مالك[(١)] وأحمد[(٢)] والشافعيّ في قول[(٣)] وهو مَرويّ عن ابن عمر، وقول الفقيه من الصحابة مقدَّمٌ على القياس.

وقيّد بقوله: **(إن كان يتعلق العقد على مقداره)** احترازًا عمَّا لا يتعلق العقد بمقداره، كالمذروعات، فإنه لم يجب بيان مقداره عند أبي حنيفة[(٤)]، وعندهما وعند مالك[(٥)] وأحمد وقول من الشافعي أيضًا[(٦)]؛ لأن الذُّرعانَ في الثوب المعين صفة؛ ولهذا لو اشترى ثوبًا على أنه عشرة أذرع، فوجده أحد عشر ذراعًا ـ تسلم له الزيادة، ولو وجده تسعة أذرع ـ لا يحط عنه شيء من الثمن.

(يوفيه) أي: المسلم فيه، أي: في المكان **(إذا كان له حَملٌ)** بالفتح، ذكره في المغرب، وبه قال الشافعي[(٧)] في وجه.

(وقالا) أي: أبو يوسف ومحمد[(٨)] **(لا يحتاج إلى تسمية رأس المال)** أي: تسمية قدره **(إذا كان معينًا)** أي: مشارًا إليه، ولا يلزمه بيان مكان الإيفاء فيعين

---

(١) انظر: عقد الجواهر الثمينة لابن شاس (١/ ٧٥٠).
(٢) انظر: دليل الطالب (١/ ١٣٧).
(٣) انظر: المجموع شرح المهذب (١٣/ ٩٧).
(٤) انظر: الدر المختار (٤/ ٥٩٨).
(٥) انظر: عقد الجواهر الثمينة (٢/ ٧٥٠).
(٦) انظر: العزيز شرح الوجيز (٩/ ٢١٧).
(٧) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ٤١٦)، والتنبيه في الفقه الشافعي (١/ ٩٧).
(٨) انظر: مختصر القدوري (١/ ٨٨).

وَلَا إِلَى مَكَانِ التَّسلِيمِ وَيُسَلِّمُهُ فِي مَوضِعِ العَقدِ، فَهَاتَانِ مَسأَلَتَانِ. وَلَهُمَا فِي الأُولَى(*) : أَنَّ المَقصُودَ يَحصُلُ بِالإِشَارَةِ فَأَشبَهَ الثَّمَنَ وَالأُجرَةَ وَصَارَ كَالثَّوبِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: ....

مكان العقد، وبه قال أبو حنيفة أولًا، والشافعي في الأصح[1]، واختاره المزني.

وقال أحمد: لا يجب بيان ذكر مكان الإيفاء، ولو ذكره، فهل يبطل السَّلَم؟ عنه روايتان[2].

(**فهاتان المسألتان**) أي: فهاتان المسألتان فيهما اختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه.

(**في الأولى**) أي: المسألة الأولى، وهي إعلام قَدْر رأس المال (**أن المقصود**) أي: من إعلام قدر رأس المال القدرة على التسليم وانقطاع المنازعة، وذلك حاصلٌ (**بالإشارة**) إلى العين، فيغني ذلك عن إعلام القدر كما في (**الثمن والأجرة**)، وكما في المضاربة إذا دفع إلى آخر دراهم معينة غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف كان جائزًا.

(**وصار كالثوب**) يعني: إذا كان رأس المال ثوبًا لا يكون إعلام ذرعانه شرطًا بالاتفاق، مع أن الذّرع في المذروعات للإعلام بمنزلة القدر في المقدرات. كذا في المبسوط[3].

(**وله**) أي: لأبي حنيفة ما ذكرنا من قول ابن عمر، وقول صحابي فقيه مقدم على القياس.

والمعنى أن هذا مقدَّر بيننا وله عقد السَّلَم، فلا بدَّ من إعلام قدره كالمسلم فيه، وتوضيحه أن جهالة قدر رأس المال مؤدٍّ إلى جهالة المسلم إليه إذا أخذ رأس المال وأنفقه كما ينفقه المحتاجون، فربما بقي في يده زيوف[4]، وله أن

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) انظر: المجموع (١٣/ ١٣٤).

(٢) انظر: الإنصاف للمرداوي (٥/ ١٠٦).

(٣) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٢٩).

(٤) الزيف: من وصف الدراهم. يقال: زافت عليه دراهمه أي: صارت مردودة لغش فيها. انظر: لسان العرب (٩/ ١٤٢).

أَنَّهُ رُبَّمَا يُوجَدُ بَعضُهَا زُيُوفا: وَلَا يُستَبدَلُ فِي المَجلِسِ، فَلَو لَم يَعلَم قَدرَهُ لَا يَدرِي

يدفع الزيوف، وربما لا يتفق الاستبدال في مجلس الرد، فينقضُ العقد بذلك القدر، فإذا لم يكن مقدار رأس المال معلومًا لا يُدرى في كم انتقض[١] وفي كم بقي، وإذا كان معلومًا توزن الزيوف فيُعلم في كم انتقض، وهكذا إذا استحق بعض رأس المال ينفسخ العقد بقدره، وما كان يؤدي إلى الجهالة يجب الاحتراز عنه، وإن كان ذلك موهومًا، ألا ترى أنه إذا أسلم في مكيال رجل بعينه لا يجوز لهذا المعنى، وهو أنه يؤدي إلى جهالة المسلم فيه وإن كان موهومًا.

(**بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبًا**)[٢] لأن الذرعان في الثوب المعين صفة البدل لا تقابل الأوصاف، فلم يكن المسلم فيه منقسمًا على عدد الذرعان، فجهالة قدر الذرعان لا تؤدي إلى جهالة المسلم فيه، [فأما هاهنا مقدار، والبدل يقابله، فيؤدي إلى جهالة المسلم فيه][٣] كذا في المبسوط[٤].

وهذا معنى قول المصنف: (**أنه ربما يوجد بعضه زيوفًا**) إلى آخره.

فإن قيل: في هذا اعتبار لشبهة الشبهة، وذلك أن وجود رأس المال زيوفًا فيه شبهة واحتمال؛ لأنه يحتمل ألا يجد زيفًا، وهو الظاهر، وبعد الوجودِ الردُّ محتمل، وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد محتمل، والمُعتبر شبهة الشبهة دون النازل عنها.

قلنا: هذه شبُهة واحدة؛ لأن كلًّا منها مبنيّ على وجوده زيفًا، فكانت شبهة واحدة فتعتبر.

قيل: هذه الشبهة مع جوابه غير [٢/ ١٤٢/ب] مسقيم؛ لأنه ما اعتبرنا الشبهة، وفي مسألتنا ليست الشبهة، بل الشرع اعتبر الموهوم في هذا العقد بقوله ﷺ: «**أَرَأَيْتَ لَوْ أَذْهَبَ اللهُ ثَمَرَتَهُ بِمَ يسْتَحِلّ...**» الحديث[٥]، وأنا إذا اعتبرنا الموهوم أيضًا، وهاهنا ليست الشبهة؛ لأن الشبهة ما يشبه الثابت، وليس بثابت كالنقد مع النسيئة، وليس هاهنا كذلك.

---

(١) في الأصل: (ينقص)، والمثبت من النسخة الثانية. (٢) انظر المتن ص ١٤٦.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية. (٤) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٢٩).
(٥) أخرجه البخاري (٣/ ٧٨ رقم ٢٢٠٨)، ومسلم (٣/ ١١٩٠ رقم ١٥٥٥) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

فِي كَم بَقِيَ أَو رُبَّمَا لَا يَقدِرُ عَلَى تَحصِيلِ المُسلَم فِيهِ فَيَحتَاجُ إِلَى رَدِّ رَأسِ المَالِ، وَالمَوهُومُ فِي هَذَا العَقدِ كَالمُتَحَقِّقِ لِشَرعِهِ مَعَ المُنَافِي، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ رَأسُ المَالِ ثَوبا، لِأَنَّ الذَّرعَ وَصفٌ فِيهِ لَا يَتَعَلَّقُ العَقدُ عَلَى مِقدَارِهِ.

وَمِن فُرُوعِهِ: إِذَا أَسلَمَ فِي جِنسَينِ وَلَم يُبَيِّن رَأسَ مَالِ كُلِّ وَاحِد مِنهُمَا، أَو أَسلَمَ جِنسَينِ وَلَم يُبَيِّن مِقدَارَ أَحَدِهِمَا ....

(والموهوم في هذا العقد) أي: عقد السّلَم **(كالمتحقق)** بقوله: «**بِمَ يَسْتَحِلّ أَحَدُكُمْ...**» الحديث؛ ولهذا لا يجوز بمكيال رجل بعينه كما ذكرنا، وهذا في الحقيقة جواب إشكال، وهو أن يُقال: هذا الذي ذكرت موهوم، والموهومات لا يُعتبر هاهنا كما ذكرنا. كذا في الإيضاح.

(لشرعه مع المنافي) كان ضعيفًا فيصلح أن يكون الموهوم معارضًا لهما؛ لكونهما ضعيفين.

(لأن الذرع وصف فيه) أي: في الثوب كما بيّنا.

(على مقداره) أي: مقدار الذرع لما بيّنا أن البدل لا يقابل الأوصاف، فلم يكن المسلم منقسمًا على الذرعان.

قوله: (ومن فروعه) أي: فروع الاختلاف في معرفة قدر رأس المال **(إذا أسلم في جنسين)** بأن قال: أسلمت إليك عشرة دراهم في كرّ حنطة وكرّ شعير، أو في ثوبين مختلفين، ولم يبين حصة كل واحدٍ منهما، فعنده لا يجوز[١]، وعندهما يجوز[٢].

[**(أو أسلم جنسين)** بأن قال: أسلمت إليك هذه الدراهم العشرة، وهذه الدنانير، أو على العكس، فإنه علم وزن أحدهما ووزن الآخر في كر حنطة، ولم يبين مقدار الدنانير، فعنده: لا يجوز، وعندهما: يجوز][٣]؛ لما [أن][٤]

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٣/ ١٣٥)، البناية شرح الهداية (٨/ ٣٤٩)، مجمع الأنهر (٢/ ١٠١).

(٢) انظر: مختصر شرح الطحاوي (٣/ ١٣٥)، البناية شرح الهداية (٨/ ٣٤٩).

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَلَهُمَا فِي الثَّانِيَةِ(*) : أَنَّ مَكَانَ العَقدِ يَتَعَيَّنُ لِوُجُودِ العَقدِ المُوجِبِ لِلتَّسلِيمِ، ....

إعلام رأس المال شرط عنده، والمالية تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة، وطريق معرفته الحرز، فلا يكون مقدار رأس مال كل واحدٍ منهما معلومًا، وكذلك في المسألة الثانية. كذا في المبسوط[١].

قوله: (ولهما في الثانية) أي: في المسألة الثانية **(أن مكان العقد يتعين)** أي: للإيفاء؛ لأن مكان العقد مكان الالتزام فيتعين لإيفاء ما التزمه في ذمته كموضع الاستقراض والاستهلاك؛ وهذا لأن المسلم فيه ديّن ومحلّه الذمة، وإنما يصير مملوكًا لرب السَّلَم في ذلك المكان، والتسليم إنما عُيّن في الموضع الذي ثبت الملك كما في بيع العين.

ولأن في حق أحد البدلين وهو رأس المال يتعين مكان العقد للإيفاء، فكذا في حق البدل الآخر، إلا أنه إذا شرط مكانًا آخر يتعين ذلك المكان بالشرط، وبأن جاز تغييره بالشرط، فذاك لا يدل على أنه غير ثابتٍ بمُطلق العقد، كنقد البلد في الثمن يتعين بمُطلق العقد، ويجوز تغييره باشتراط نقد آخر، والملك بمطلق العقد يثبت عقيبه، ويجوز تغييره باشتراط الخيار، ويوجه مطالبة الثمن تثبت بمطلق ثمن العقد، ويجوز تغييره باشتراط الأجل. كذا في المبسوط[٢].

فإن قيل: لو تعيَّن مكان العقد ينبغي أن يفسُدَ العقد ببيان مكان آخر، كما قال أحمد[٣] في رواية، وكما في بيع العين، فإنه لو اشترى كرًّا وشرط على البائع الحمل إلى منزله يفسُد، سواء اشتراه في المصر أو خارجه. ذكره في الذخيرة.

قلنا: لما عيَّن مكانًا آخر بالنصِّ صار أوْلَى من مكان العقد؛ لأنه ثابتٌ دلالة، إلا أن هذا الشرط يفسد بيع العين؛ لأن المشتري يملكُ العين بالشراء، فاشترط عليه حملًا زائدًا فقد اشترط عليه عملًا في ملكه مع ما اشترى العين منه، ثم سمَّى الثمن بإزاء ذلك كله، فصار بائعًا العين وأجر الحمل، فتصير

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.
(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٢٧).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٢٧).
(٣) انظر: الإنصاف للمرداوي (٥/ ١٠٦).

وَلِأَنَّهُ لَا يُزَاحِمُهُ مَكَانٌ آخَرَ فِيهِ فَيَصِيرُ نَظِيرَ أَوَّلِ أَوقَاتِ الإِمكَانِ فِي الأَوَامِرِ فَصَارَ كَالقَرضِ وَالغَصبِ.

صفقة في صفقة، فيبطل بالشرط الفاسد، ورب السَّلَم لا يملك عينًا قبل القبض، فيكون النقلُ إلى مكان آخر عملًا من البائع في ملك نفسه فلا يصير مؤاجرًا، فلا يصير صفقة في صفقة، فلا يصير فاسدًا. كذا في المبسوط(١).

وفي الفوائد الظهيرية: فإن قيل: لِمَ قلتم: لأن في بيع العين يتعين مكان البيع للتسليم، وما رَوي عن محمد يدل على عدم تعيينه، فإنه قال في رجل باع طعامًا والطعام في السواد: فإن كان المشتري يعلم مكان الطعام فلا خيار له، وإن كان لا يعلم فله الخيار، ولو تعيَّن مكان البيع للتسليم؛ لما كان له الخيار؟

ثم قيل: إنما يجوز البيع إذا كانت جوابي الحنطة في بيت واحد، فإن كان في مصر وسواد ـ فالبيع فاسدٌ؛ لإفضائه إلى المنازعة؛ لأن المشتري يطالب بالتسليم في أقرب الأماكن، وهذا كله دليلٌ على أن مكان العقد لا يتعين في بيع العين.

قلنا: البيع يتعين للتسليم إذا كان البيع حاضرًا، والمبيع في السَّلَم حاضرٌ؛ لأنه في ذمة المسلمِ إليه، والمسلمُ إليه حاضرٌ في مكان العقد فيكون المبيع حاضرًا في السلم، وفي بيع العين إذا كان المبيع حاضرًا يتعين مكان المبيع، وإن كان غائبًا يتعين المكان الذي يستحق تسليم الثمن، ثم في السَّلَم يستحق تسليم رأس المال في مكان العقد فيستحق تسليم ما يقابله في ذلك المكان أيضًا تسوية بينهما بقدر الوسع. [١٤٣/أ].

(ولأنه) أي: مكان العقد **(لا يزاحمه مكان آخر فيه)** أي: في وجوب التسليم فيه، نصًّا؛ لعدم اشتراط مكان آخر فيه، ولا دلالة؛ لعدم العقد فيه.

(أول أوقات الإمكان في الأوامر) فإنه يتعين لسببه نفس الوجوب لعدم مزاحمة الآخر، وهذا على قول الكرخي في الأمر المطلق، فإنه يتعين وجوب الأداء في أول أوقات المكنة عنده.

(كالقرض والغصب) فإنه يتعين مكان القرض والغصب للتسليم بالإجماع.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/١٢٨).

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أَنَّ التَّسلِيمَ غَيرُ وَاجِب فِي الحَالِّ فَلَا يَتَعَيَّنُ، بِخِلَافِ القَرضِ وَالغَصبِ، وَإِذَا لَم يَتَعَيَّن فَالجَهَالَةُ فِيهِ تُفضِي إِلَى المُنَازَعَةِ، لِأَنَّ قِيَمَ الأَشيَاءِ تَختَلِفُ بِاختِلَافِ المَكَانِ فَلَا بُدَّ مِن البَيَانِ، وَصَارَ كَجَهَالَةِ الصِّفَةِ، وَعَن هَذَا قَالَ

(**ولأبي حنيفة**) في المبسوط: مكان الإيفاء مجهول، وجهالته تفضي إلى المنازعة، فيجب التحرز عنها، وذلك أن في السَّلَم استحقاق التسليم عند المحل، ولا يدري: أيّ مكان يكون المحل؟

(**بخلاف القرض والغصب**) والاستهلاك وبيع العين، فإن السببَ يتعينُ فيتعين مكانه، ثم قال أبو حنيفة: ارأيتَ لو عقدا عقد السلم في السفينة في لجة البحر، أكان يتعين ذلك الموضع للتسليم عند المحل؟ هذا مما لا يقوله عاقل؛ ولهذا لو بيَّن مكانًا آخر يتعين ذلك بالاتفاق بالشرط، ولو كان مكان العقد يتعين لكان اشتراط مكان آخر يُوجبُ فساد العقد، كما في بيع العين، وهذا بخلاف رأس المال، فإنه لما تعيَّن مكان العقد لتسليمه لم [يجز][1] تغييره بشرط[2].

على أنا لا نقول: إن مكان العقد تعيَّن في حقه، ولكن الشرط تسليمه قبل الافتراق؛ لئلا يلزم الكالئ بالكالئ، حتى لو مشيا فرسخًا بعد العقد، وسلّم رب السلم رأس المال[3] قبل الافتراق ـ كان صحيحًا. كذا في المبسوط[4].

قوله: (**فلا يتعين**) مكان العقد لأنه إما لتعيّنه صريحًا، ولم يوجد، وإما ضرورة وجوب التسليم عليه في الحال، كما في القرض والغصب، ولم يوجد؛ إذِ السَّلم لا يصح إلا مؤجلًا، فلا يتعين مكان العقد للإيفاء، (**وإذا لم يتعين**) ولم يعينا مكانًا فيبقى مكان الإيفاء مجهولًا (**والجهالة فيه**) أي: في مكان الإيفاء (**تفضي إلى المنازعة**) كجهالة الصفة.

(**تختلف باختلاف المكان**) أي: فيما له حمل ومؤنة، كما تختلف باختلاف الصفة، (**وعن هذا**) أي: عن اختلاف القيم باختلاف الأماكن.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية. (٢) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٢٨).
(٣) في الأصل: (وسلم رب رأس السلم رأس المال).
(٤) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٢٨).

مَن قَالَ مِن المَشَايِخ ـ رَحِمَهُمُ اللَّهُ ـ : إنَّ الِاختِلَاف فِيهِ عِندَهُ يُوجِبُ التَّحَالُفَ كَمَا فِي الصِّفَةِ. وَقِيلَ: عَلَى عَكسِهِ، لِأَنَّ تُعَيُّنَ المَكَانِ قَضِيَّةُ العَقدِ عِندَهُمَا، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الثَّمَنُ: وَالأُجرَةُ وَالقِسمَةُ، وَصُورَتُهَا: إِذَا اقتَسَمَا دَارًا وَجَعَلَا مَعَ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا شَيئًا لَهُ حَملٌ وَمُؤنَةٌ.

(**إن الاختلاف فيه**)؛ أي: في مكان الإيفاء (**يوجب التخالف**) عند أبي حنيفة كالاختلاف في الصفة، وعندهما لا يوجب؛ لأنهما اختلفا في قضية العقد والاختلاف [في][1] قضية العقد يوجب التحالف، كما لو اختلفا في مقدار المسلم، وعندهما صار هذا بمنزلة الاختلاف في الأجل بالإجماع؛ لأنه ليس من قضية العقد كالأجل، والاختلاف في الأجل لا يوجب التحالف بالإجماع؛ لأنه موجب الشرط لا من قضية العقد، فلا يوجب التحالف، والاختلاف في موجب العقد ـ كالاختلاف في البيع أو الثمن ـ يوجب التحالف بالإجماع.

(**على عكسه**) أي: لا يُوجب التحالف عنده، وعندهما يوجب؛ لأن تعيّن المكان لما ثبت عندهما بمجرد العقد كان من جملة قضية العقد، والاختلاف فيها يُوجب التحالف بالإجماع، وعند أبي حنيفة تعين مكان الإيفاء لما لم يكن من مقتضيات العقد صار بمنزلة الأجل، والاختلاف في الأجل لا يوجب التحالف بالإجماع، فكذا هاهنا.

(**وعلى هذا الاختلاف**) وهو أنه: هل يُشترط بيان مكان الإيفاء بالثمن في بيع العين إذا كان [له] حمل ومؤنة، ومؤجلًا، والأجرة؟

وصورته: استأجر دارًا بما لَهُ حملٌ، ومؤجلًا، فعنده يُشترط بيان مكان الإيفاء وعندهما لا يُشترط.

(**وجعلا**) أي: المتقاسمان (**مع نصيب أحدهما شيئًا**) وهذا إذا كان زيادة في نصيب الآخر، وشرط على نفسه ما لَهُ حمل دينًا في الذمة. كذا في المبسوط[2] وجامع قاضي خان والكافي.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) المبسوط للسرخسي (١٢/١٢٨، ١٢٩).

وَقِيلَ: لَا يُشْتَرَطُ ذَلِكَ فِي الثَّمَنِ. وَالصَّحِيحُ: أَنَّهُ يُشْتَرَطُ إِذَا كَانَ مُؤَجَّلا، وَهُوَ اخْتِيَارُ شَمسِ الأَئِمَّةِ السَّرَخسِيِّ ﷺ. وَعِندَهُمَا: يَتَعَيَّنُ مَكَانُ الدَّارِ وَمَكَانُ تَسلِيمِ الدَّابَّةِ لِلإِيفَاءِ. قَالَ: (وَمَا لَم يَكُن لَهُ حِملٌ وَمُؤنَةٌ، لَا يَحتَاجُ فِيهِ إِلَى بَيَانِ مَكَانِ الإِيفَاءِ بِالإِجمَاعِ) لِأَنَّهُ لَا تَختَلِفُ قِيمَتُهُ (وَيُوفِيهِ فِي المَكَانِ الَّذِي أَسلَمَ فِيهِ) قَالَ ﷺ: وَهَذِهِ رِوَايَةُ الجَامِعِ الصَّغِيرِ وَالبُيُوعِ.

وَذَكَرَ فِي الإِجَارَاتِ: أَنَّهُ يُوفِيهِ فِي أَيِّ مَكَان شَاءَ، وَهُوَ الأَصَحُّ، لِأَنَّ الأَمَاكِنَ كُلَّهَا سَوَاءٌ، وَلَا وُجُوبَ فِي الحَالِّ ....

(وقيل: لا يشترط ذلك) أي: بيان مكان الإيفاء (في الثمن) عند الكل (والصحيح أنه) أي: بيان مكان الإيفاء (يشترط عنده إذا كان مؤجلًا)[١] وبه قال الشافعي[٢] أي: مكان الدار في القسمة (ومكان تسليم الدابة) أي: في الإجارَة.

قوله: (وَمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ حَمْلٌ وَمُؤْنَةٌ) كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ (لا يشترط بيان مكان الإيفاء عندهم)[٣] وبه قال الشافعي في الأصح.

(في المكان[٤] الذي أسلم فيه) لأنه موضع الالتزام فيرجح على غيره.

(والبيوع) أي: بيوع الأصل، وهو المبسوط.

(وهو الأصح) وبه قال الشافعي في الأصح (لأن الأماكن كلها سواء) إذِ المالية لا تختلف باختلاف الأماكن فيما لا حمل له ولا مؤنة له، وإنما يختلف بعزة الوجود وكثرة الوجود، وكثرة رغبات الناس وقلتها، بخلاف ما له حمل ومؤنة، فإن الحنطة أو الحطب موجودة في المصر والسواد [٢/١٤٣/ب] ثم تُشترى في المصر بأكثر مما تُشترى في السواد، وما كان ذلك إلا لاختلاف المكان، فثبت أن ماليته تختلفُ باختلاف المكان كما تختلف باختلاف الزمان. كذا في المبسوط[٥].

(ولا وجوب) وإنما قال دفعًا لسؤالٍ، وهو أن يقال: يجوز أن يتعين مكان

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء (١٢/١٣).
(٢) انظر: المجموع (١٣/٩٧).
(٣) انظر: تحفة الفقهاء (٢/١٤).
(٤) في النسختين: (الكافي) والمثبت من الهداية.
(٥) المبسوط للسرخسي (١٢/١٢٨).

وَلَو عَيَّنَا مَكَانًا، قِيلَ: لَا يَتَعَيَّنُ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ، وَقِيلَ: يَتَعَيَّنُ(*)، لِأَنَّهُ يُفِيدُ سُقُوطَ خَطَرِ الطَّرِيقِ، وَلَو عَيَّنَ المِصرَ فِيمَا لَهُ حَملٌ وَمُؤنَةٌ يُكتَفَى بِهِ، لِأَنَّهُ مَعَ تَبَايُنِ أَطرَافِهِ كَبُقعَةٍ ....

العقد ضرورة وجوب التسليم، فقال: ولا وجوب؛ أي: لا يجب التسليم في الحال ليتعين ضرورة باعتباره.

(**فلو عيَّنا**[١] **مكانًا**) [أي][٢]: فيما لا حمل ولا مؤنة له، (**قيل: لا يتعين؛ لأنه**) أي: التعيين (**لا يفيد**) لأن الشرط الذي لا يفيد لا يجوز؛ لأنه لا يلزمه مؤنة، فيلغو.

(**وقيل: يتعين**)، وهو الأصح، وبه قال الشافعي وأحمد في رواية، وفي رواية عنه: يبطل العقد.

(**لأنه**) أي: التعيين (**يفيد**) لربّ السَّلَم (**سقوط خطر الطريق**).

(**كبقعة**) أي: مكان واحد؛ لأن القيمة لا تختلفُ باختلاف المصر عادة، حتى قيل: هذا إذا لم يكن المصر عظيمًا، فلو كان بين نواحيه مثل فرسخ، ولم تتبين ناحية منه ـ لا يجوز؛ لأن هذه جهالة مفضية الى المنازعة. كذا في المحيط[٣].

وفيه: لو شرط أن يوفيه في موضع ثم يحمله إلى منزله فلا خير فيه، ولو شرط الحمل إلى منزله ابتداء، قيل: يجوز استحسانًا.

وروى الكرخي عن أصحابنا أنه لا يجوز السَّلَم، وقيل: إنما لا يجوز قياسًا إذا شرط الإيفاء في موضعٍ ثم الحمل إلى منزله، أما لو شرط الإيفاء إلى منزله يجوز قياسًا واستحسانًا، وفي بيع العين لو شرط على البائع في المصر أن يوفيه إلى منزله والعقدُ في المصر ـ جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحسانًا، وعند محمد لا يجوز، هذا إذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة، فإن كان ـ لا يجوز البيع.

(*) الراجح: هو القول الثاني يعني التعيين.
(١) في النسختين: (عين) والمثبت من المتن.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) المحيط البرهاني (٧/ ١١٣، ١١٤).

وَاحِدَة فِيمَا ذَكَرنَا.

قَالَ: (وَلَا يَصِحُّ السَّلَمُ حَتَّى يَقبِضَ رَأسَ المَالِ قَبلَ أَن يُفَارِقَهُ فِيهِ) أَمَّا إِذَا كَانَ

ولو كان العقدُ في المصر ومنزله خارج المصر، أو على عكسه، وشرطَ التوفية إلى منزله، ولو اشترى طعامًا بطعام من جنسه، وشرط أحدُهمَا التوفية إلى منزله ـ لم يجز بالإجماع[١] كيفما كان، ولو شرط أن يوفيه إلى مكان كذا، فسلمه في غيره، ودفع الكراء إلى الموضع المشروط صار قابضًا ولا يجوز أخذ الكراء، وإن شاء ردّه إليه ليسلمه في المكان المشروط؛ لأنه حقه.

(فيما ذكرنا) أي: في اختلاف القيمة.

قوله: (قَبْلَ أَنْ يُفَارِقَهُ) أي: أحد المتعاقدين الآخرَ، بدنًا لا مكانًا، حتى [لو][٢] مشيا فرسخًا ولم يقبض المسلم [إليه][٣] رأس المال ـ لا يبطل العقد ما لم توجد مفارقة أحدهما الآخرَ بدنًا.

اعلم أن قبض رأس المال قبل الافتراق بالأبدان شرط بقاء العقد على الصحة، سواء كان رأس المال مما لا يتعين كالنقود، أو مما يتعين كالعروض[٤]، وبه قال الشافعي[٥] وأحمد[٦].

وقال مالك[٧] وأحمد: يجوز تأخير قبض رأس المال يومين أو ثلاثة أو أكثر ما لم يكن ذلك بشرط؛ أي: بغير اشتراط التأجيل بمنزلة الثمن في بيع العين، فإنه لا يُشترط قبضه في المجلس، حتى لو تأخر يومًا أو يومين لم يخرجه ذلك عن كونه نقدًا غير مؤجل، ولأنه إذا لم يُشترط التأجيل لا يخرجه إلى الدَّين بالدَّين؛ إذْ لا بدَّ من استثناء مُدّة يمكن فيها وزن المال أو نقده، وجَرَت العادة بتراخي الوزن والإقباض عن مجلس العقد.

وقلنا: رأس المال إنْ كان دينًا، كالنقود، يكون تعجيل رأس المال شرطًا، قياسًا واستحسانًا؛ إذِ الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود، فيكون هذا بيع

---

(١) انظر: مراتب الإجماع لابن حزم (١/ ٨٥).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٤) انظر: البناية للعيني (٨/ ٣٩٧).

(٥) انظر: المجموع للنووي (١٣/ ٩٧).

(٦) شرح الزركشي (٤/ ١٤).

(٧) انظر: شرح مختصر خليل (٥/ ٢٠٢)، وعقد الجواهر الثمينة لابن شاس (٢/ ٧٥٠).

مِن النُّقودِ، فَلِأَنَّهُ افتِرَاقٌ عَن دَين بِدَين، وَقَد «نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَن الكَالِئِ بِالكَالِئِ» وَإن كَانَ عَينا، فَلِأَنَّ السَّلَمَ أخذُ عَاجِل بِآجِل، إذ الإِسلَامُ وَالإِسلَافُ يُنبِئَانِ عَن التَّعجِيلِ، فَلَا بُدَّ مِن قَبضِ أَحَدِ العِوَضَينِ لِيَتَحَقَّقَ مَعنَى الِاسمِ، وَلِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِن تَسلِيمِ رَأسِ المَالِ لِيَتَقَلَّبَ المُسلَمُ إِلَيهِ فِيهِ فَيَقدِرُ عَلَى التَّسلِيمِ، وَلِهَذَا قُلنَا: لَا يَصِحُّ السَّلَمُ إِذَا كَانَ فِيهِ خِيَارُ الشَّرطِ لَهُمَا أَو لِأَحَدِهِمَا، ....

الدين بالدين، وأنه منهي؛ لنهي النبي ﷺ **(عن الكالئ بالكالئ)**[1] أي: النسيئة بالنسيئة **(وإن كان عينًا)** يُشترط تعجيله استحسانًا لا قياسًا؛ لأنه لا يؤدي إلى بيع الدَّين بالدَّين.

وجه الاستحسان: أن السَّلَم أخذُ عاجل بآجل، والمسلم فيه آجلٌ، فوجب أن يكون رأس المال عاجلًا؛ ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه، كما في الصرف والحوالة والكفالة، فإن هذه العقود تثبت أحكامها بمقتضيات أساميها لغة. كذا في المبسوط[2].

وهذا معنى قول المصنف: **(إذِ الإسلام والإسلاف)** إلى آخره **(ينبئان)** أي: الإسلام والإسلاف؛ لأنهما في اللغة: أخذ عاجلٍ بآجل، ولأن المسلم مشتقٌّ من السلامة، وذلك بقبض رأس المال؛ إذِ المسلم فيه غير موجود.

(ليتقلب) أي: لينصرف **(فيقدر على التسليم)** أي: تسليم المسلم فيه من زمان العقد إلى حين المحل.

وقوله: (ولهذ قلنا لا يصح السلم) إلى آخره: توضيح ودليل لاشتراط

---

(١) أخرجه الحاكم (٢/ ٥٧ رقم ٢٣٤٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٢٩٠ رقم ١٠٨٤٢) عن ابن عمر رضي الله عنهما. قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه.
قال البيهقي: موسى هذا هو ابن عبيدة الربذي، وشيخنا أبو عبد الله - الحاكم - قال في روايته: (عن موسى بن عقبة)، وهو خطأ، والعجب من أبي الحسن الدارقطني شيخ عصره روى هذا الحديث في كتاب السنن عن أبي الحسن علي بن محمد المصري هذا فقال: عن موسى بن عقبة، وقال ابن الملقن: رواه الدارقطني والبيهقي من رواية ابن عمر وضعفاه، والحاكم وصححه على شرط مسلم، وغلَّطه البيهقي في ذلك وهو الحق فقد ضعفه غير واحد من الحفاظ، قال أحمد: ليس في هذا الباب حديث صحيح إنما أجمع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين. خلاصة البدر المنير (١٥٣٠)، وقال ابن حجر: إسناده ضعيف. بلوغ المرام (١/ ١٧٣).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٢٧).

لِأَنَّهُ يَمنَعُ تَمَامَ القَبض لِكَونِهِ مَانِعًا مِن الِانعِقَادِ فِي حَقِّ الحُكم، وَكَذَا لَا يَثبُتُ فِيهِ خِيَارُ الرُّؤيَةِ، لِأَنَّهُ غَيرُ مُفِيد، بِخِلَافِ خِيَارِ العَيبِ، ....

القبض (**لأنه**) أي: خيار الشرط (**يمنع تمام القبض**) إذِ القبض إنما يتم إذا كان بناء على الملك، وخيار الشرط يمنع الملك (**لكونه**) أي: لكون الخيار (**مانعًا من الانعقاد في حق الحكم**) وهو ثبوت الملك، فيكون مانعًا لما هو مبني على الملك فيمنع تمام [٢/ ١٤٤/أ] القبض، والافتراق قبل تمامه يبطل العقد.

وهذا بخلاف الاستحقاق، فإن رأس المال إذا وجد مستحقًّا لم يمنع الاستحقاق تمام القبض، حتى لو افترقا بعد القبض، ثم أجاز المالك صح العقد، وإن كان الاستحقاقُ يمنع الملك؛ لأن امتناع الملك ليس يقتضيه السبب، فإن السبب وجد مطلقًا لا مانع فيه، وإنما امتناع الملك لتعلق حق ثالث، فإذا أجاز المالك التَحَقَتِ الإجازة بحالة العقد، وبقاء حقه قبل الإجازة لا يمنع صحة القبض الذي يتم به العقد، كما لا يمنع عن انعقاد العقد عليه.

أما خيار الشرط فيعدم الملك، ويجعل العقد في حق الحكم كالمتعلق بشرط سقوط الخيار، فكان تأثيره أكثر من تأثير عدم القبض، وعدم قبض رأس المال في المجلس مُبْطِل للسَّلَم، فاشتراط الخيار فيه أولى؛ وهذا لأن القبض حُكم العقد، وقد صار العقدُ بشرط الخيار في حق الحكم كالمعلق، والمعلّق بالشرط معدومٌ قبله.

وعن هذا قلنا: إن إعتاق المشتري لا يصح ولا يتوقف إذا كان في المبيع خيار البيع، وإعتاق المشتري يتوقف، وبهذا تبين أن القبض لا يتم بخيار الشرط، والافتراق قبل القبض مبطل للعقد. كذا في الإيضاح، والمبسوط[١].

(**وكذا لا يثبت فيه**) أي: في السَّلَم (**خيار الرؤية**) بإجماع الفقهاء[٢]، أما خيار العيب يثبت[٣] (**لأنه**) أي: خيار الرؤية (**غير مفيد**) إذْ فائدة الخيار رد

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٣٤).

(٢) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٩٤)، والمحيط البرهاني (٧/ ٣٥)، والإشراف على مسائل الخلاف (٢/ ٥٢٢)، وشرح التلقين (٢/ ٨٩٦)، وبحر المذهب للروياني (٥/ ٥٧)، والإنصاف (١١/ ٩٥)، والشرح الكبير على متن المقنع (٤/ ٢٥).

(٣) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ٢٣)، والبحر الرائق (٦/ ١٧٧).

لِأَنَّهُ لَا يَمنَعُ تَمَامَ القَبضِ، وَلَو أُسقِطَ خِيَارُ الشَّرطِ قَبلَ الِافتِرَاقِ وَرَأسُ المَالِ قَائِمٌ

المبيع، والمسلم فيه دين في الذمة، فإذا ردّ المقبوض عاد دينًا كما كان؛ لأنه لم يرد عين ما تناوله العقد؛ لأن العقد لم يتناول هذا المقبوض، وإنما يتناول مثله دينًا في الذمة، فلا ينفسخ العقد برده؛ بل يعود حقه في مثله، فإذا لم يفد فائدة لا يثبت، بخلاف بيع العين، فإنه لو رد العين بخيار الرؤية ينفسخ العقد؛ لأنه رد عين ما تناوله العقد، فينفسخ العقد بردِّه. كذا ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده.

وحاصله أن رد المسلم فيه لا يوجب الفسخ؛ لأن المقبوض غير المبيع في السَّلَم؛ لأنه دين، والفسخ بخيار الرؤية ثابت في المبيع لا في غيره، ولا يشكل بالاستصناع؛ فإنه دين في ذمة الصانع، ومع ذلك فيه خيار الرؤية؛ لأنا لا نسلم في الاستصناع المبيع هو الدين، بل العين، كما يجيء، وخيار الرؤية والعيب في رأس المال لا يفسد العقد؛ لأنه لا يمنع ثبوت الملك. ذكره في التحفة.

(لأنه) أي: خيار العيب **(لا يمنع تمام القبض)** [لأن تمام القبض][1] يتعلق بتمام الصفقة، وتمام الصفقة يتعلق بتمام الرضا، والرضا تمام وقت العقد. كذا في المبسوط[2].

وفي الكافي: ولأن إعلام الدَّين بذكر الصفة؛ إذْ لا يتصور فيه المعاينة، فقام ذكر الوصف على الاستقصاء في المسلم فيه مقام الرؤية في بيع العين.

قوله: (ورأس المال قائم) يعني: حال إسقاط الخيار، حتى لو أسقط بعد هلاك رأس المال في يد المسلم إليه أو إنفاقه لا يعود[3] السَّلَم جائزًا بالإجماع؛ لأنه بالإهلاك والإنفاق صار دينًا في ذمته، فلو انقلبَ السَّلَم جائزًا لصار بمنزلة عقد السَّلَم بالدين ابتداء، وذا لا يجوز، فإذا لم يجز ابتداؤه بالدَّين لا يجوز إتمامه بإسقاط الخيار.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسرخسي (١٣/ ٧٢).
(٣) في الأصل: (يجوز)، والمثبت من النسخة الثانية.

جَازَ خِلَافًا لِزُفَرَ، وَقَد مَرَّ نَظِيرُهُ (وَجُملَةُ الشُّرُوطِ جَمَعُوهَا فِي قَولِهِم: «إعلَامُ رَأسِ المَالِ، وَتَعجِيلُهُ، وَإِعلَامُ المُسلَمِ فِيهِ، وَتَأجِيلُهُ، وَبَيَانُ مَكَانِ الإِيفَاءِ، وَالقُدرَةُ عَلَى

(خلافًا لزفر)[١] والشافعي[٢] ومالك[٣] أيضًا.

(وقد مرَّ نظيره) أي: في باب البيع الفاسد، وهو ما إذا باع إلى أجل مجهول، ثم أسقط الأجل قبل حلوله ينقلبُ جائزًا عندنا، خلافًا له.

(إعلام رأس المال) أي: في المكيل والموزون والمعدود (وتعجيله) أي: تعجيل رأس المال (وإعلام المسلم فيه) يعني جنسًا ونوعًا وصفة وقدرًا، وقوله: (إعلام رأس المال) مشتملٌ على بيان جنسه وصفته وقدره (وتأجيله) أي: تأجيل المسلم فيه (وبيان مكان الإيفاء) أي: فيما له حمل ومؤنة.

وفي المحيط: شرائط صحة السَّلَم أربعة عشر: هذه السبعة المذكورة، وسبعة أخرى لم يذكرها صاحب الكتاب في عد الشروط، وإن ذكرها متفرقة:

أحدها: دوام وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين المحل.

وثانيها: أن يكونَ المسلم فيه مما يتعين بالتعيين، حتى لا يجوز السَّلَم في الأثمان، وفي التبر روايتان.

وثالثها: أن يكون المسلم فيه من المكيلات أو الموزونات، أو المعدودات المتقاربة، أو المذروعات، حتى لا يجوز السلم في الحيوان.

ورابعها: قبض رأس المال قبل الافتراق.

وخامسها: أن يكون رأس المال منقدًا عند أبي حنيفة، خلافًا لهما[٤].

وسادسها: ألا يكون في السَّلَم خيار.

وسابعها: أن يكون المسلم فيه مضبوطًا بوصف يلتحق به بذوات الأمثال.

قال الإمام تاج الدين أخو حسام الشهيد: الشروط سبعة عشر: هذه الأربعة عشر، وآخران:

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٣٥٤).
(٢) انظر: بحر المذهب للروياني (٥/ ١٨٤).
(٣) انظر: المدونة (٣/ ٨٠).
(٤) انظر: المحيط (٧/ ٧٤).

تَحصِيلِهِ»، فَإِن أَسلَمَ مِائَتِي دِرهَم فِي كُرِّ حِنطَة مِائَةٌ مِنهَا دَينٌ عَلَى المُسلَم إِلَيهِ وَمِائَةٌ نَقدٌ: فَالسَّلَمُ فِي حِصَّةِ الدَّينِ بَاطِلٌ) لِفَوَاتِ القَبضِ (وَيَجُوزُ فِي حِصَّةِ النَّقدِ لِاستِجمَاعِ شَرَائِطِهِ، وَلَا يَشِيعُ الفَسَادَ لِأَنَّ الفَسَادَ طَارِئٌ، إِذ السَّلَمُ وَقَعَ صَحِيحًا،

أحدهما: في رأس المال، وهو بيان نوعه: أنه محموديَّة [٢/ ١٤٤/ ب] أو مصريّة، ودراهم غطريفيّة أو عدليّة، وبيان صفته: أنها جيدة أو رديئة.

وشرط في المسلم فيه، وهو ألا يشتمل البدلين أحدُ وصفي علة الربا، كإسلام الحنطة في الشعير. كذا في المجتبى.

وفي كتب أصحاب الشافعي: جملة شرائطه: تسعة: ذكر الجنس، وذكر القدر، وذكر الأوصاف، وإعلام الأجل، وذكر موضع التسليم، وكون المسلم فيه مأمون الوجود في محله، وكون رأس المال معلومًا، وقبضه في المجلس.

قوله: (فِي كُرِّ حِنْطَةٍ)، قال الأزهري: الكرّ: ستون قفيزًا، والقفيز: ثمانية مكاكيك، والمكوك: صاع ونصف.

وفي الجامع الصغير الحسامي: الكرّ: اسمٌ لأربعين قفيزًا. كذا في المغرب[١].

فالسلم في حصة الدين باطل، وبه قال الشافعي؛ لأنه دين بدين، والكالئ بالكالئ منهي عنه، وبفوات القبض في قدر الدين إذا انعقد لا يتعلق بالدين المضاف إليه، وإنما ينعقدُ بمثله وهو غير مقبوضٍ.

وقوله: (ولا يشيع الفساد) جوابٌ عن قول زفر، فإنه يقول: يشيع الفساد ويبطل العقد في صحة النقد أيضًا؛ لأن هذا فسادٌ قوي تمكن في صلب العقد، فيفسد به الكل باعتبار أنه جعل قبول العقد في حصة الدَّين شرطًا لقبوله في حصة النقد، وهذا شرطٌ فاسدٌ.

قال: (لا يشيع الفساد لأن الفساد طارئ)؛ لأنه ما اقترن بنفس العقد؛ لأن كونه دينًا عفوٌ في المجلس، ألا ترى أنهما لو أخَّرا التسليم والتسلم إلى آخر

---

(١) انظر: المغرب في ترتيب المعرب (١/ ٤٠٥).

وَلِهَذَا: لَو نَقَدَ رَأسَ المَالِ قَبلَ الِافتِرَاقِ صَحَّ، إلَّا أَنَّهُ يَبطُلُ بِالِافتِرَاقِ لِمَا بَيَّنَّا، وَهَذَا لِأَنَّ الدَّينَ لَا يَتَعَيَّنُ فِي البَيعِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُمَا لَو تَبَايَعَا عَينًا بِدَين ثُمَّ تَصَادَقَا أَن لَا دَينَ لَا يَبطُلُ البَيعُ فَيَنعَقِدُ صَحِيحا.

المجلس يكون العقدُ صحيحًا؛ ولهذا لو نقد المائتين قبل الافتراق صح العقد، فكان الافتراق قبل القبض مُبطلًا له، فيكون الفساد طارئًا بسبب الافتراق قبل القبض، والفساد الطارئ لا يشيع عند الكل، وهو أن اشتراط تسليم الثمن على غير العاقدين مفسد للعقد؛ لأنه شرطٌ لا يقتضيه العقد، وهو مقارب العقد. كذا في المبسوط[1].

وفي النهاية: وإنما قيّد بقوله: (بمائة منها على المُسلَم) لأنه لو كان دينًا على الأجنبي، والمسألة بحالها ـ يشيع الفساد في الكل، ومذهبنا مروي عن ابن عباس.

ثم قال: المسألة على وجهين: أما إذا أطلق العقد ولم يضف إلى الدين، ثم جعلا بعد العقد مائة رأس المال قصاصًا بالدين، وهذا الفساد لا يشيع في الكل؛ لأن الفساد طارئ.

أما إذا قيد العقد بالدين، بأن أضاف السَّلَم إلى ذلك الدين، فكذلك عندنا؛ لأن الدراهم لا تتعين في العقود إذا كانت عينًا، فلا تتعين أيضًا إذا كانت دينًا، وإذا لم تتعين إلى الدين كانت الإضافة إلى الدين والإطلاق سواء.

فإن قيل: هذا منقوض بثلاث مسائل:

أحدها: أن الرجل إذا قال: بعتُ هذا العبد بهذا الكر من الحنطة، وبهذه الدراهم فيهما في المساكين صدقة، فباعه بهما، يحنث بالكر والدراهم، وهذا آية تعيين النقود.

وثانيها: أن الرجل إذا باع دينارًا بعشرة، فنقد الدينار ولم يقبض العشرة حتى اشترى بالعشرة ثوبًا ـ فالبيع فاسد.

وثالثها: إذا باع عينًا بدين، وهما يعلمان أن لا دين ـ فالبيع فاسد، ولو كان الإطلاق والتقييد سواء لجاز العقدان، ولما حنث في المسألة الأولى.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٤٣).

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي رَأسِ مَالِ السَّلَمِ وَالمُسلَمِ فِيهِ قَبلَ القَبضِ) أَمَّا الأَوَّلُ: فَلِمَا فِيهِ مِن تَفوِيتِ القَبضِ المُستَحَقِّ بِالعَقدِ. وَأَمَّا الثَّانِي: فَلِأَنَّ المُسلَمَ فِيهِ

قلنا: أما الأولى فنحن ندّعي أن النقود لا تتعين في العقود استحقاقًا لا جوازًا، فلا يلزم؛ لأنها تتعين جوازًا لا استحقاقًا.

وأما المسألة الثالثة؛ فلأن البيع إنما لم يجز لمكان التهازل بالبيع؛ لأن هذا بيع بلا ثمن، فيكون منهما تهازلًا، وهي تتعين في حق الجواز، وهكذا نقول في المسألة الثانية؛ لانتقاص الصرف باختلاس المجلس بالاستعمال بالعقد الآخر، فيتحقق البيع بلا ثمن، فيمتنع الجواز باعتبار التهازل. كذا في الفوائد الظهيرية.

وقيل: هذا إذا اطلق مائتين ثم قاضى المائة بما عليه، أما إذا أضاف العقد إلى المائة الدين والعقد [بطل العقد][(١)] فيهما عند أبي حنيفة؛ لأن في حصة الدين يبطل العقد، وقد جعل ذلك شرطًا في الثاني فيبطل الجميع، والصحيح أن الجواب فيهما واحد؛ لأن العقد لا يتقيد بالدين، وإن قيد به. كذا ذكره التمرتاشي.

قوله: (ولا يجوز التصرف في رأس المال) إلى آخره، وبه اتفق الفقهاء[(٢)].

أما في رأس المال؛ فلأن قبضه في المجلس حق الله تعالى، والتصرف يبطله، ولأنه أخذ شبهًا بالمبيع فلا يجوز التصرف قبل القبض، أما لو دفع إليه أردأ أو أجود برضا المسلم إليه ـ جاز؛ لأنه حبس حقه فلم يكن استبدالًا، ولو أبرأه عنه فقيل: بطل العقد لعدم القبض، ولو ردَّ البراءة لم يبطل.

وأما المسلم فيه؛ فلقوله ﷺ: «**من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره**»[(٣)]، ولأن المسلم فيه في حكم الأعيان[(٤)] المنقولة فلا يجوز التصرفُ فيها

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) انظر: التجريد للقدوري (٥/ ١٧٠٤)، والتبصرة للخمي (٧/ ٣٠٧٣)، وبحر المذهب للروياني (٤/ ٥١٩)، والهداية على مذهب الإمام أحمد (١/ ٢٥٦).

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٧٦ رقم ٣٤٦٨)، والترمذي في العلل الكبير (٣٤٦)، وابن ماجه (٢/ ٧٦٦ رقم ٢٢٨٣)، والدارقطني (٣/ ٤٦٤ رقم ٢٩٧٧) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.
قال الترمذي: حديث حسن.

(٤) في الأصل: (الاعتاق)، والمثبت من النسخة الثانية.

مَبِيعٌ، وَالتَّصَرُّفُ فِي المَبِيعِ قَبلَ القَبضِ لَا يَجُوزُ (وَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ وَالتَّولِيَةُ فِي المُسلَمِ فِيهِ) لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِيهِ ....

قبل القبض، والتخلية قبض [٢/ ١٤٥/أ] فيه عند محمد[(١)]، خلافًا لأبي يوسف[(٢)].

وفي المبسوط[(٣)]: أنه ﷺ «**كَانَ يَنْهَى عَنْ بَيْعَ الطَّعامِ حتّىَ يُقبَض**»[(٤)]، قال ابن عباس: «أحسب كل شيء مثله»، ولأنه ﷺ لما بعث عتاب بن أسيد إلى مكة فقال له: انههم عن أربعة: عن بيع ما لم يقبضوا، وعن ربح ما لم يضمنوا، وعن شرطين في بيع، وعن بيع وسلف.

وصورة الشرطين: أن يقول رب السَّلَم: إن أعطيتني إلى شهر فكذا، وإن أعطيتني إلى شهرين فكذا، ولأن العين أقبل للتصرف من الدين، وفيه لا يجوز التصرف قبل القبض إذا كان منقولًا؛ لبقاء الغرر في الملك المطلق للتصرف، فإذا كان دينًا أولى، وذلك الغرر هنا قائم فإن الدَّين يتوفى[(٥)] بفوات محله إذا مات المديون.

فقلنا: أما لو دفع الأردأ أو الأجود برضا رب السَّلَم من جنسه جاز؛ لأنه جنسُ حقه فلم يكن استبدالًا.

(**ولا تجوز الشركة والتولية**)[(٦)] أي: في المسلم فيه، وفي بعض النسخ: هكذا، وبه قال الشافعي[(٧)] وأحمد[(٨)].

وصورة الشركة أن يشركه الآخر في المسلم فيه، وأنه تصرف فيه قبل القبض، وصورة التولية جائزة؛ لأن كل واحدٍ من الشركة والتولية (**تصرف فيه**) أي: في المسلم فيه قبل القبض.

---

(١) انظر: عيون المسائل للسمرقندي (١/ ١٢٩)، التجريد للقدوري (٥/ ٢٤٢٦).
(٢) انظر: المحيط (٦/ ٢٨٣).
(٣) المبسوط للسرخسي (٨/ ١٣).
(٤) أخرجه البخاري (٣/ ٦٨ رقم ٢١٣٣)، ومسلم (٣/ ١١٦١ رقم ١٥٢٦) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.
(٥) في النسخة الثانية: (ينوى)، وانظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٦٣).
(٦) انظر: البحر الرائق (٦/ ١٧٩).
(٧) انظر: الأم للشافعي (٣/ ٧٨)، وبحر المذهب للروياني (٥/ ١٦٦).
(٨) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٢٢٧).

(فَإِن تَقَايَلَا السَّلَمَ لَم يَكُن لَهُ أَن يَشتَرِيَ مِن المُسلَم إِلَيهِ بِرَأسِ المَالِ شَيئًا حَتَّى يَقبِضَهُ كُلَّهُ) لِقَولِهِ عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تَأخُذ إِلَّا سَلَمَكَ أَو رَأسَ مَالِكَ» أَي عِندَ الفَسخِ، وَلِأَنَّهُ أَخَذَ شَبَهًا بِالمَبِيعِ فَلَا يَحِلُّ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبلَ قَبضِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ الإِقَالَةَ بَيعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِث، ....

وفائدة تخصيص الشركة والتولية ما نُقل عن العلامة مولانا حافظ الملة والدين.

وعن مبسوط شيخ الإسلام أن المسألة فيهما رد لقول بعض العلماء: إن التولية في بيع العين والسَّلم قبل القبض يجوز، وحُكي ذلك عن مالك[١]؛ لأن التولية إقامَةُ غيره مقام نفسه فيما تولى، فلو أقامه في كل البيع فهو التولية، فلو أقامه في بعضه فهو الشركة، فوضع المسألة فيهما؛ ليتبين أن ذا ليس بشيءٍ؛ لأن التولية بيع مثل الثمن الأول، وهو بيع المبيع قبل القبض.

قوله: (لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَشْتَرِي)، في الإيضاح: فإن استبدل برأس المال شيئًا بعد الإقالة؛ لم يجز استحسانًا، والقياس أن يجوز، وهو قول زفر[٢] والشافعي[٣]؛ لأنهما لما تقايلا بطل السَّلَم وبقي رأس المال دينًا في حصته يصح الاستبدالُ به كسائر الديون؛ لأنه لا يجب قبضه في المجلس.

ولنا: قوله ﷺ: **«لَا تَأْخُذ إلّا سَلَمَك»** أي المسلم فيه؛ أي: حال قيام العقد **«أو رأس مالك»**[٤] أي: بعد انفساخه؛ إذْ لا يمكنه أخذه حال قيام العقد فقد جعل رب السلم أخذ المسلم فيه، وبعدها أخذ رأس المال، وقبل الإقالة لا يصح الاستبدال بالمسلم فيه كيلا يكون قابضًا غير حقه، فكذا بعدها برأس المال.

(ولأنه) أي: رأس المال **(أخذ شبهًا بالمبيع فلا يحلّ التصرف)** أي: في رأس المال **(قبل قبضه)** كما في المبيع **(وهذا)** أي: كونه مشابهًا للمبيع **(بيع جديد)** أي: بيع ابتداء **(في حق ثالث)** أي: غير المتعاقدين، وحرمة الاستبدال غيرهما؛ لإيفاء حق الشرع، فيكون الثالث الشرع.

---

(١) انظر: التهذيب (٣/ ٦٨).

(٢) انظر: المحيط البرهاني (٧/ ١١٦).

(٣) انظر: الأم للشافعي (٣/ ٧٨).

(٤) قال ابن حجر: لم أجده بهذا اللفظ. الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ١٦٠).

وَلَا يُمكِنُ جَعلُ المُسلَمِ فِيهِ مَبِيعًا لِسُقُوطِهِ، فَجَعَلَ رَأسَ المَالِ مَبِيعًا لِأَنَّهُ دَينٌ مِثلُهُ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ قَبضُهُ فِي المَجلِسِ لِأَنَّهُ لَيسَ فِي حُكمِ الِابتِدَاءِ مِن كُلِّ وَجه، وَفِيهِ خِلَافُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللهُ وَالحُجَّةُ عَلَيهِ مَا ذَكَرنَاهُ.

وقوله: (**لا يمكن جعل المسلم فيه مبيعًا**) جواب سؤالٍ وهو أن يقال: لم لا يجوز أن يجعل بيعًا جديدًا في جانب المسلم فيه حتى لا يكون لرأس المال جهة كونه مبيعًا؟ فقال: لا يمكن جعله مبيعًا (**لسقوطه**) لأنه دين ثبت بالسَّلَم وتسقط الإقالة؛ ولهذا [قال]: إن الإقالة في باب السَّلم لا تحتمل النقض بعد وقوعها؛ لسقوط المسلم فيه عن الذمة، فلو صحَّ نقضها لعاد المسلم فيه واجبًا، والسَّاقط لا يعود.

(**فجعل رأس المال مبيعًا؛ لأنه دين مثله**) أي: مثل المسلم فيه، وجعل الدين مبيعًا ليس بمحال، فجعل رأس المال مبيعًا ضرورة؛ إذْ لو لم يجعل مبيعًا تبطل الإقالة؛ ألا ترى أنهما لو تقايلا في باب المبيع، وهلك المبيع بعد الإقالة قبل القبض ـ تبطل الإقالة، وهنا لمَّا تقايلا سقط المسلم فيه وصار كالهالك، فلو لم يجعل رأس المال مبيعًا لبطلت الإقالة، وقد صحّت هاهنا، فلا بدَّ من قيام المعقود عليه، وليس ذلك إلا رأس المال لسقوط المسلم فيه.

وقيل في بيان شبهه بالمبيع: إن الأصل أن يكون المبيع عينًا، والثمن دينًا، وفي السَّلم الثمن صار عينًا؛ لأن تعينه قبل الافتراق واجبٌ، ولأن الأصل أن يكون التأجيل في الثمن لا في المبيع، وهاهنا ثبت الأجل في المبيع، وهو المسلم فيه، ويثبت التعجيل في الثمن، وهو رأس المال؛ فلهذا أخذ رأس المال شبهًا بالمبيع، فتثبت حرمة الاستبدال قبل قبضه، كما في المبيع قبل القبض.

وقول المصنف: (**إلا أنه**) أي: رأس المال (**لا يجب قبضُه في المجلس**) إلى آخره. جوابُ هذا السؤال ذكره في الإيضاح بقوله: فإن قيل: لو كان هذا بمنزلة بيع جديد وجب أن يجب قبض المال في المجلس؛ لأن إقالة بيع السلم بمنزلة السَّلم، وفيه القبض شرطٌ، وبالإجماع لا يجبُ قبضه في المجلس.

قلنا: قبض رأس المال إنما يجب قبضُه؛ [٢/ ١٤٥/ب] لئلا يكون افتراقًا

قَالَ: (وَمَن أَسلَمَ فِي كُرِّ حِنطَة، فَلَمَّا حَلَّ الأَجَلُ اشتَرَى المُسلَمُ إِلَيهِ مِن رَجُل كُرًّا وَأَمَرَ رَبَّ السَّلَمِ بِقَبضِهِ قَضَاء، ....

عن دين بدين، وإنما يكون افتراقًا إذا كان المسلم فيه مما يجبُ تسليمه، وهاهنا لا يجب تسليم المسلم فيه، فلا يكون افتراقًا عن دين بدين.

وإنما شرطنا القبض في الابتداء؛ لما فيه من التعيين، ولا حاجة إلى التعيين في الإقالة؛ لأن الدراهم تعود إليه عينًا، فبقي القبض واجبًا عن اختيار التعيين، فلا يتقيد بمجلس الإقالة. كذا في الإيضاح.

وحاصل ما ذُكر في الإيضاح أن رأس المال بعد الإقالة صار بمنزلة المسلم فيه، والقبضُ ليس بشرط فيه، فكذا في رأس المال بعد الإقالة.

(لأنه) أي: الإقالة، على تأويل تصرف الإقالة [(ليس في حكم الابتداء) أي: ابتداء عقد السلم (من كل وجه)، والإقالة][1] فسخ في حق المتعاقدين، بيعٌ في حق ثالث، فكان عقدًا من وجه.

(وفيه) أي: في جعل رأس المال مبيعًا حتى لا يجوز استبداله قبل القبض، خلافًا لزفر والشافعي أيضًا، وقد بيّنا خلافهما مع دليلهما، وما ذكرنا استحسان الحديث، وهو قوله ﷺ: «**لا يَأْخُذ...**» الحديث، ذكره في المبسوط.

[وفيه][2]: وإذا بقيت الإقالة فعليه رد قيمة [رأس][3] المال؛ لتعذر [رد][4] العين[5]، إذا كان رأس المال شيئًا لا مِثل له كالثوب، ولو اختلفا في قدر قيمته فالقول للمطلوب في مقدار القيمة؛ لأن الطالب يدَّعي عليه زيادة وهو منكر لها، وكذا إذا تقايلا وهلك بعد الإقالة رأس المال وهو عين قبل الرد؛ فعيله قيمته ولا تبطل الإقالة؛ لأن ابتداء الإقالة بعد هلاك رأس المال صحيح فإن السلم بمنزلة بيع المقايضة؛ لأن المسلم فيه مبيع معقود عليه فجازت الإقالة بعد هلاك ما يقابله.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) في الأصل: (نصف)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٤) في الأصل: (نصف)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٥) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٦٩).

لَم يَكُن قَضاء، وَإِن أَمَرَهُ أَن يَقبِضَهُ لَهُ ثُمَّ يَقبِضَهُ لِنَفسِهِ فَاكتَالَهُ لَهُ ثُمَّ اكتَالَهُ لِنَفسِهِ جَازَ) لِأَنَّهُ اجتَمَعَت الصَّفقَتَانِ بِشَرطِ الكَيلِ، فَلَا بُدَّ مِن الكَيلِ مَرَّتَينِ، لِنَهيِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَن بَيعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجرِيَ فِيهِ صَاعَانِ، وَهَذَا هُوَ مَحمَلُ الحَدِيثِ ....

وكذا لو تقايلا في عقد الصرف بعد هلاك البدلين جميعًا، أو تقايلا ثم هلك البدلان قبل التراد جازت الإقالة؛ لأن المعقود ما استوجب كل واحدٍ منهما في ذمة صاحبه؛ ولهذا لا يلزمه بعد الإقالة رد المقبوض بعينه.

قوله: (لَمْ يَكُنْ قَضَاءً) أي: إذا لحقه.

وفي الكافي: أمره بقبضه فاقتضاه رب السَّلَم لم يكن قضاء لحقه؛ أي: لم يكن قضاء عن السلم، حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم هلك من مال المسلم إليه.

[**(له)** أي: لأجل المسلم إليه **(فاكتاله له)** أي: لأجل المسلم إليه][١]

(اجتمعت الصفقتان) أحدهما: عقد السلم، والثاني: هي الصفقة التي جرت بين المسلم إليه وبين بائعه.

هذا على ما اقتضاه لفظ الكتاب، أما على تقدير صاحب الكتاب والفوائد، فالصفقة الثانية هي الصفقة التقديرية بين المسلم إليه وبين رب السَّلَم؛ لأن المسلم إليه يصيرُ بائعًا ما اشترى من رب السَّلَم، والأولى هي صفقة المسلم إليه من بائعه بشرط الكيل؛ لأنه اشترى الكر، وهي اسمٌ لأربعين قفيزًا أو ستين، فيكون هذا شراء بشرط الكيل، وكذلك عقد السلم؛ لأنه أسلم في كر. كذا في جامع المحبوبي.

قوله: (وهذا محمل الحديث) أي: معنى قوله: «**نَهَى النَّبي ﷺ عَنْ بَيْع الطّعام حتى يَجري فِيهِ صَاعَان**» الحديث، والفقه فيه أن المستحق بالعقد ما سمي في العقد، وهو الكر، وذلك إنما يتحقق بالكيل، فكان الكيل معينًا للمستحق بالعقد؛ ألا ترى أن الثاني لو كاله فزاد شيء لم تطب له الزيادة ووجب الرد، وإذا كان الكيل معينًا للمستحق صار حقًّا من جملة حُقوق العقد،

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

عَلَى مَا مَرَّ، وَالسَّلَمُ وَإِنْ كَانَ سَابِقًا ....

فإذا كان المشتري الأول بحضرة الثاني فذلك حق العقد الأول، فإذا قبضه الثاني فلا بدَّ أن يكيله؛ إقامةً لحق العقد الثاني. كذا في الإيضاح.

(على ما مرَّ) وهو قوله في فصل المتصل بباب المرابحة والتولية: (ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما تبين).

قوله: (والسلم وإن كان سابقًا) جواب سؤال مقدَّر وهو أن يقال: إن بيع المسلم إليه مع رب السَّلَم كان سابقًا على شراء المسلم إليه مع بائعه، فلا يكونُ المسلم إليه بائعًا بعد الشراء، فلم تجتمع الصفقتان، فلا يدخل تحت النهي.

فأجاب عنه بهذا فقال: نعم والسَّلَم وإن كان سابقًا على شراء المسلم إليه من بائعه إلا أنه في التقدير لاحقٌ، فتجتمع الصفقتان في التقدير؛ لأن للقبض في باب السَّلَم حكم العقد الجديد، بدليل ما قال في الزيادات: لو أسلم بمائة درهم في كر حنطة، ثم اشترى المسلم إليه كر حنطة بمائتي درهم إلى سنة فقبضه، فلما حلَّ السَّلَم أعطاه ذلك الكر ـ لم يجز؛ لأنه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، وإنما يكون ذلك إذا جعلا عند القبض كأنهما جددا العقد.

قال الإمام السرخسي: المقبوض في باب السلم غير المسلم فيه حقيقة؛ لأن العقد تناوله دينًا في الذمة، والعينُ [٢/١٤٦/أ] غير الدين(١) حقيقة، فباعتبار هذه الحقيقة لم يكن المقبوض غير ما تناوله العقدُ، فلا بدَّ من طريق يجعل بذلك الطريق كأنه عين المعقود عليه، وذلك بأن يُجعل عند القبض كأنهما جددا ذلك العقد على المقبوض، وهو معنى قول المتقدمين: للقبض في باب السَّلَم حكم عقد جديد؛ لأن المسلم إليه حين عَقَد عقْد السَّلَم صار بائعًا دينًا، وإنما يصير بائعًا للعين عند اقتضاء رب السَّلَم، إلا أن هذا العين جعل عين حقه حُكمًا حتى لا يصير مستبدلًا، أما فيما وراء ذلك فهو كالبائع عند الاقتضاء، وإذا صار المسلم بائعًا من رب السلم جرت الصفقتان بشرط(٢) الكيل، فيستحق على رب السَّلَم كيلان.

---

(١) في الأصل: (العين)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (بشراء)، والمثبت من النسخة الثانية.

لَكِن قَبضُ المُسلَمِ فِيهِ لَاحِقٌ، وَأَنَّهُ بِمَنزِلَةِ ابتِدَاءِ البَيعِ، لِأَنَّ العَينَ غَيرُ الدَّينِ حَقِيقَة. وَإِن جَعَلَ عَينَهُ فِي حَقِّ حُكمٌ خَاصٌّ، وَهُوَ حُرمَةُ الِاستِبدَالِ فَيَتَحَقَّقُ البَيعُ بَعدَ الشِّرَاءِ، وَإِن لَم يَكُن سَلَمًا وَكَانَ قَرضًا فَأَمَرَهُ بِقَبضِ الكُرِّ جَازَ، لِأَنَّ القَرضَ إِعَارَةٌ، وَلِهَذَا يَنعَقِدُ بِلَفظِ الإِعَارَةِ فَكَانَ المَردُودُ عَينَ المَأخُوذِ مُطلَقًا حُكما فَلَا تَجتَمِعُ الصَّفقَتَانِ.

(وأنه) أي: قبض المسلم فيه.

وقوله: (وإن جعل) [إن][1] هنا للوصل، أي: وإن جعل المقبوض عين الدين؛ لأنه لو لم يجعل في حق الاستبدال [عين حقه ـ يلزمه استبدال][2] المبيع قبل قبضه، وذا لا يجوز، فتحققت الضرورة في حقه، أما فيما لا ضرورة فيعمل بالحقيقة، وهي أن العين غير الدين.

(فيتحقق البيع والشراء) أي: بيع المسلم إليه من ربّ السَّلَم بعد شراء المسلم إليه من بائعه.

قوله: (وَكَانَ قَرْضًا)، قال الإمام قاضي خان: فأما إذا كان أحد الدينين قرضًا، بأن كان على الرجل كُرّ من سلم، فاستقرض المسلم إليه كرًّا من [رجل] وأمر رب السَّلم بقبضه من المقرض؛ أو كان على الرجل كُرّ قرض، فاشترى المستقرض كُرًّا وأمر بقبضه ـ يُكتفى بكيل واحد.

ثم قال: والفرق بين القرض والسلم أن عقد السلم يوجب الكيل، والقرض لا يوجب الكيل[3]؛ لأنه عقد مساهلة، والتفاوت اليسير لا يفضي إلى المنازعة؛ ولهذا لو استقرض من إنسان حنطة على أنها عشرة أقفزة ـ كان له أن يتصرف فيها قبل الكيل. وكذا لو اشترى المسلم حنطة مجازفة، أو استفاد من أرضه، أو ملك بميراث أو هبة أو وصية، وأوفاه رب السلم وكالة بمحضر منه ـ يُكتفى بكيل واحد، وهو السلم.

(مطلقًا) سواء كان في حق الاستبدال أو غيره **(حكمًا)** أي: تقديرًا، وإلا يلزم تملك الشيء بجنسه نسيئة.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) في الأصل: (القرض)، والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَمَن أَسلَمَ فِي كُرٍّ، فَأَمَرَ رَبُّ السَّلَم أَن يَكِيلَهُ المُسلَمُ إِلَيهِ فِي غَرَائِرِ رَبِّ السَّلَمِ فَفَعَلَ وَهُوَ غَائِبٌ لَم يَكُن قَضَاء) لِأَنَّ الأَمرَ بِالكَيلِ لَم يَصِحَّ، لِأَنَّهُ لَم يُصَادِف مِلكَ الآمِرِ، لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الدَّينِ دُونَ العَينِ، فَصَارَ المُسلَمُ إِلَيهِ مُستَعِيرًا لِلغَرَائِرِ مِنهُ، وَقَد جَعَلَ مِلكَ نَفسِهِ فِيهَا، فَصَارَ كَمَا لَو كَانَ عَلَيهِ دَرَاهِمُ دَينٌ فَدَفَعَ إِلَيهِ كِيسًا لِيَزِنَهَا المَديُونُ فِيهِ لَم يَصِر قَابِضًا.

وَلَو كَانَت الحِنطَةُ مُشتَرَاة وَالمَسأَلَةُ بِحَالِهَا صَارَ قَابِضًا، لِأَنَّ الأَمرَ قَد صَحَّ

(وهو) أي: رب السلم.

قوله: (لم يكن قضاء)[1] أي: إذا لحقه، حتى لو هلك يهلك من مال المسلم إليه، هذا إذا لم يكن في غرائر[2] رب السلم طعام، فإن كان فكاله بأمره فيها، قيل: لا يصير قابضًا لما ذكرنا أنّ أمره غير معتبر في ملك الغير.

قال: والأصح عندي أن يصير قابضًا [هاهنا؛ لأن أمره بخلط طعام المسلم بطعامه على وجه لا يمكن التمييز ـ معتبرٌ، فيصير بهذا الخلط قابضًا][3]، وهو نظير ما ذكر في كتاب الصرف: لو دفع إلى صائغ نصف درهم [وقال: زد من عندك نصف درهم][4] وصغ لي منها خاتمًا ففعل ذلك ـ جاز، وصار بالخلط قابضًا له. كذا في المبسوط[5].

قوله: (ولو كانت الحنطة مشتراة) بأن اشترى حنطة بعينها، ودفع غرائره إلى البائع وقال: اجعلها فيها، ففعل، والمشتري حاضرٌ أو غائبٌ ـ يصير قابضًا؛ لأنه ملك الطعام المعين بنفس العقد، فصح الأمر، وصار البائع وكيلًا عنه بإمساك الغرائر، وصار الغرائر في يد المشتري حكمًا، فصار الواقع فيها واقعًا في يد المشتري حكمًا؛ لأن فعل نائبه كفعله، حتى لو كان الغرائر للبائع لا يصير قابضًا في رواية عن محمد.

(١) في الأصل: (لم يكن أو غيره حكمًا)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) غرر: وإذا دفع أليه غرائر هي جمع غرارة -بكسر الغين- وقال في ديوان الأدب: هي وعاء من صوف أو شعر، لنقل التبن، وما أشبهه. انظر: طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية (١/ ١١٠).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٥) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٦٨).

حَيثُ صَادَفَ مِلكَهُ، لِأَنَّهُ مَلَكَ العَينَ بِالبَيعِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَو أَمَرَهُ بِالطَّحنِ كَانَ الطَّحِينُ فِي السَّلَمِ لِلمُسلَمِ إِلَيهِ، وَفِي الشِّرَاءِ لِلمُشتَرِي لِصِحَّةِ الأَمرِ، وَكَذَا إِذَا أَمَرَهُ أَن يَصُبَّهُ فِي البَحرِ فِي السَّلَمِ يَهلَكُ مِن مَالِ المُسلَمِ إِلَيهِ، وَفِي الشِّرَاءِ مِن مَالِ المُشتَرِي، وَيَتَقَرَّرُ الثَّمَنُ عَلَيهِ لِمَا قُلنَا، وَلِهَذَا: يُكتَفَى بِذَلِكَ الكَيلِ فِي الشِّرَاءِ فِي الصَّحِيحِ، لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنهُ فِي الكَيلِ وَالقَبضِ بِالوُقُوعِ فِي غَرَائِرِ المُشتَرِي، وَلَو أَمَرَهُ فِي الشِّرَاءِ أَن يَكِيلَهُ فِي غَرَائِرِ البَائِعِ فَفَعَلَ لَم يَصِر قَابِضًا لِأَنَّهُ استَعَارَ غَرَائِرَهُ وَلَم يَقبِضهَا، فَلَا تَصِيرُ الغَرَائِرُ فِي يَدِهِ، فَكَذَا مَا يَقَعُ فِيهَا، وَصَارَ كَمَا لَو أَمَرَهُ أَن يَكِيلَهُ وَيَعزِلَهُ فِي نَاحِيَةٍ مِن بَيتِ البَائِعِ، لِأَنَّ البَيتَ بِنَوَاحِيهِ فِي يَدِهِ فَلَم يَصِرِ المُشتَرِي قَابِضًا.

وَلَو اجتَمَعَ الدَّينُ وَالعَينُ وَالغَرَائِرُ لِلمُشتَرِي، ....

وقال الشافعي: لا يصير قابضًا، سواء كان الغرائر للمشتري أو للبائع، كما في السَّلَم، وهو صحة أمر المشتري للبائع.

فإن قيل: في فصل الشراء ينبغي ألا يصح الأمر أيضًا في حق ثبوت القبض؛ لأن البائع لا يصلح وكيلًا عن المشتري في القبض، حتى لو وكله بالقبض نصًّا لم يصح.

قلنا: أمره بالكيل أو الطحن لا بالقبض، وإنما يثبتُ القبض حكمًا، وجاز أن يثبت الشيء حكمًا وإن كان لا يثبت قصدًا في الصحيح، هذا احتراز عما قيل: إنه لا يكتفى بكيل واحد؛ لظاهر الحديث، وقد مرَّ في الفصل المتصل بباب المرابحة.

(لأنه) أي: البائع **(نائب عنه)** أي: عن المشتري **(في الكيل والقبض بالوقوع)** أي: حصل القبض بالوقوع **(في غرائر المشتري)**.

(ولم يقبضها) أي: المشتري الغرائرَ **(فلا تصير الغرائر في يده)** لأن العارية بدون القبض لا تتم؛ لأنها عقد تبرع **(فكذا ما يقع فيه)** أي: في الغرائر، على تأويل الظرف أو المذكور، فلم يصر المشتري قابضًا؛ لأنه مستعيرٌ لم يقبض، وبقولنا قال الشافعي.

قوله: (ولو اجتمع العين والدين)، صورته: أسلم في كر حنطة، فلما حلَّ

إن بَدَأَ بِالعَينِ صَارَ قَابِضًا، أَمَّا العَينُ فَلِصِحَّةِ الأمرِ فِيهِ، وَأَمَّا الدَّينُ فَلِاتِّصَالِهِ بِمِلكِهِ وَبِمِثلِهِ يَصِيرُ قَابِضًا، كَمَن استَقرَضَ حِنطَة وَأَمَرَهُ أَن يَزرَعهَا فِي أَرضِهِ، وَكَمَن دَفَعَ إِلَى صَائِغٍ خَاتَمًا وَأَمَرَهُ أَن يَزِيدَهُ مِن عِندِهِ نِصفَ دِينَار، وَإِنَّ بَدَأَ بِالدَّينِ لَم يَصِر قَابِضًا، أَمَّا الدَّينُ فَلِعَدَمِ صِحَّةِ الأمرِ، وَأَمَّا العَينُ فَلِأَنَّهُ خَلَطَهُ بِمُلكِهِ قَبلَ التَّسلِيمِ فَصَارَ مُستَهلِكًا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فَيُنتَقَضُ البَيعُ، وَهَذَا الخَلطُ غَيرُ مَرضِيٍّ بِهِ مِن

الأجل اشترى رب السلم كر حنطة أخرى بعينها من المسلم إليه، فدفع رب السلم الغرائر إلى المسلم إليه، وهو البائع أيضًا، وقال: اجعلهما فيها **(إن بدأ)** أي: المسلم إليه البائع، بجعل الكر المشتري [٢/١٤٦/ب] في الغرائر **(صار)** أي: المشتري، وهو رب السلم **(قابضًا)** خلافًا للشافعي، فإن عنده لا يصير قابضًا، سواء بدأ بالعين أو الدين.

(فصار) أي: البائع **(مستهلكًا)** المبيع، واستهلاك المبيع قبل القبض يُوجبُ نقض البيع.

[دفع] إلى صائغ خاتمًا، أو دفع دينارًا، وأمره أن يزيد من عنده نصف دينار ويتخذه خاتمًا فزاد ـ صح، وصار الآمر قابضًا لاتصاله بملكه.

قوله: (وهذا الخلط) جواب سؤال مقدر ذُكر في الفوائد الظهيرية، وهو أن الخلط بإذن المشتري فينبغي ألا ينتقض البيع.

وأجاب فقال: إن الخلط على هذا الوجه غير مرضي، فلا نسلم أنه حصل بإذن المشتري، بل بإذنه يخلط يصيرُ قابضًا به، وهو ما إذا بدأ بالعين.

فإن قيل: أليس أن الصبّاغ إذا صبغ الثوب لا يصيرُ المستأجر ـ وهو رب الثوب ـ [قابضًا باعتبار هذا الاتصال؟ فلم صار هاهنا قابضًا][1] قابضًا باعتباره.

قلنا: المعقود عليه ثَمَّ الفعل، وهو الصبغ لا العين، والفعل لا يجاوز الفاعل؛ لأنه عرض لا يقبل الانتقال عن محله، فلم يتصل المعقود بالثوب، فلم يصر به قابضًا، وعندهما بالخيار.

قال الإمام قاضي خان: ما ذُكر من جواب الكتاب قول محمد، أما عند

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

جِهَتِهِ لِجَوَازِ أَن يَكُونَ مُرَادُهُ البُدَاءَةَ بِالعَينِ، وَعِندَهُمَا: هُوَ بِالخِيَارِ إن شَاءَ نَقَضَ البَيعَ وَإِن شَاءَ شَارَكَهُ فِي المَخلُوطِ(*)، لِأَنَّ الخَلطَ لَيسَ بِاستِهلَاك عِندَهُمَا.

قَالَ: (وَمَن أَسلَمَ جَارِيَةً فِي كُرِّ حِنطَة وَقَبَضَهَا المُسلَمُ إلَيهِ، ثُمَّ تَقَايَلَا، فَمَاتَت فِي يَدِ المُشتَرِي فَعَلَيهِ قِيمَتُهَا يَومَ قَبضِهَا، وَلَو تَقَايَلَا بَعدَ هَلَاكِ الجَارِيَةِ جَازَ) لِأَنَّ صِحَّةَ الإِقَالَةِ تَعتَمِدُ بَقَاءَ العَقدِ وَذَلِك بِقِيَامِ المَعقُودِ عَلَيهِ، وَفِي السَّلَمِ المَعقُودُ عَلَيهِ

أبي يوسف: إذا بدأ بالدين يصير قابضًا، كما لو بدأ بالعين ضرورة اتصاله بملكه في الصورتين؛ إذِ الخلط ليس باستهلاكٍ.

وعن محمد يصير قابضًا للعين دون الدين؛ لأنه لما كان الدين أولًا لم يملكه المشتري وبقي على ملك البائع، وصار مستعيرًا من المشتري، فإذا كان العين بعده فقد خلط البائع ملك المشتري بملك نفسه، فلا يبرأ عن الدين، وإنما يصيرُ قابضًا للعين في هذه الصورة؛ لأنه بالخلط صار مستهلكًا للعين بإذنه، بخلاف الصورة الأولى؛ لأنه لما كان العين أولًا صار العين مسلّمًا إلى المشتري، فإذا كان الدين بعده فقد خلط الدَّين بملك المشتري فيصيرُ قابضًا.

فإن قيل: ينبغي ألا يصير قابضًا؛ لأن البائع يصلح نائبًا عن المشتري في البعض؛ ولهذا لو وكله صريحًا لا يصح.

قلنا: الأمر بالقبض ثبت ضمنًا لا قصدًا، [والشيء يجوز أن يثبت ضمنًا، ولا يثبت قصدًا](١) كذا في الفوائد الظهيرية، وقد مرَّ.

قوله: (ثم تقايلا) أي: السلم **(فماتت)** أي: الجارية **(في يد المشتري)** أي: المسلم إليه، وإنما سمَّاه مشتريًا بالنظر إلى شرائه الجارية بالحنطة؛ لأن كلًّا من العينين بمنزلة الثمن والمثمن **(فعليه)** أي: على المشتري **(قيمتها)** يعني لما بقيت الإقالة وجب ردّها، وقد عجز، فيجب رد بدلها، وبه قال الشافعي **(يوم قبضها)** لأن السبب الموجب للضمان إنما هو القبض، فصار كالغصب.

(بقاء العقد) وفي بعض النسخ: قيام العقد، **(وذلك)** أي: بقاء العقد إنما هو المسلم فيه؛ لما روي أنه ﷺ «**نَهَى عَنْ بَيعِ مَا لَيسَ عِنْدَ الإنسانِ ورخّصَ في**

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

إِنَّمَا هُوَ المُسلَمُ فِيهِ فَصَحَّت الإِقَالَةُ حَالَ بَقَائِهِ، وَإِذَا جَازَ فَأَولَى أَن يَبقَى انتِهَاء، لِأَنَّ البَقَاءَ أَسهَلُ، وَإِذَا انفَسَخَ العَقدُ فِي المُسلَم فِيهِ انفَسَخَ فِي الجَارِيَةِ تَبَعًا، فَيَجِبُ عَلَيهِ رَدُّهَا وَقَد عَجَزَ، فَيَجِبُ عَلَيهِ رَدُّ قِيمَتِهَا (وَلَو اشتَرَى جَارِيَة بِأَلفِ دِرهَم ثُمَّ تَقَايَلَا فَمَاتَت فِي يَدِ المُشتَرِي بَطَلَت الإِقَالَةُ، وَلَو تَقَايَلَا بَعدَ مَوتِهَا فَالإِقَالَةُ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّ المَعقُودَ عَلَيهِ فِي البَيعِ إِنَّمَا هُوَ الجَارِيَةُ، فَلَا يَبقَى العَقدُ بَعدَ هَلَاكِهَا، فَلَا تَصِحُّ الإِقَالَةُ ابتِدَاء وَلَا تَبقَى انتِهَاء لِانعِدَام مَحِلِّهِ، وَهَذَا بِخِلَافِ بَيعِ المُقَايَضَةِ حَيثُ تَصِحُّ الإِقَالَةُ وَتَبقَى بَعدَ هَلَاكِ أَحَدِ العِوَضَين، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِد مِنهُمَا مَبِيعٌ فِيهِ.

قَالَ: (وَمَن أَسلَمَ إِلَى رَجُل دَرَاهِمَ فِي كُرِّ حِنطَة فَقَالَ المُسلَمُ إِلَيهِ: شَرَطتُ

السّلم»[١]، جعل المسلَّم [فيه][٢] مبيعًا؛ لأنه، وإن كان دينًا، فهو في حكم العين؛ لأنه مبيع، حتى لم يجز استبداله قبل قبضه بالإجماع، فصحت إضافة الإقالة إليه بعد موت الأمَة ابتداء.

(وإذا جاز) أي: التقايل بعد موتها ابتداء **(فأولى أن يبقى)** بعد موتها بالطريق الأولى؛ إذِ البقاء أسهل من الابتداء.

فإن قيل: ينبغي ألا تصح الإقالة بعد هلاك الجارية؛ لأنها بعد الهلاك بمنزلة المسلم فيه من حيث وجوب قيمتها دينًا في الذمة، والمسلم فيه قد سقط أيضًا بالإقالة، فكذا هاهنا ينبغي أن يمتنع التقابل بهلاك العوضين.

قلنا في بيع المقابضة: الرد واجبٌ بعد الإقالة، وهلاك المبيع قبل القبض يوجب فسخ العقد، وفي السلم قامت قيمة الجارية مقامها، فلم يكن رد عين الجارية واجبًا، فكان قيام القيمة بمنزلة قيام الجارية.

قوله: (ومن أسلم إلى رجل) إلى آخره، الأصل في هذه المسائل أنهما إذا

---

(١) تقدم قول الكاكي: (هذا نقل الحديث بالمعنى، ولفظ الحديث: «لا تبع ما ليس عندك») أهـ.
وقد أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٣ رقم ٣٥٠٤)، والترمذي (٢/ ٥٢٦ رقم ١٢٣٤)، وابن ماجه (٢/ ٧٣٧ رقم ٢١٨٨)، والنسائي (٧/ ٢٨٨ رقم ٤٦١١) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.
قال الترمذي: وهذا حديث حسن صحيح، وقال الحاكم: هذا حديث على شرط حمله من أئمة المسلمين صحيح. «المستدرك» (٢/ ١٧).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

رَدِيئًا، وَقَالَ رَبُّ السَّلَم: لَم تَشتَرِط شَيئًا، فَالقَولُ قَولُ المُسلَمِ إلَيهِ) لِأَنَّ رَبَّ السَّلَمِ مُتَعَنِّتٌ فِي إنكَارِهِ الصِّحَّةَ، لِأَنَّ المُسلَمَ فِيهِ يَربُو عَلَى رَأسِ المَالِ فِي العَادَةِ، ....

اختلفا في الصحة، فإن خرج كلامهما مخرج التعنت كان باطلًا، وكان القول قول من يدعي الصحة، وإن خرج مخرج الخصومة قال أبو حنيفة: القول قول من يدَّعي الصحة أيضًا كما في الأول، وبه قال الشافعي، وقالا: القول قول المنكر إن أنكر الصحة.

[والمراد] بالمتعنت لغة: من يتطلب العنت، وهو الوقوع فيما لا يستطيع الإنسان الخروج عنه، والمراد بالمتعنت شرعًا: من ينكر ما ينفعه ويريد الإضرار بغيره. وبالمخاصم: من ينكر ما يضره. كذا في الفوائد الظهيرية.

(فالقول قول المسلم إليه)[١][٢]وبه قال الشافعي[٣] أي: بالاتفاق، **(لأن رب السلم متعنت)** لأنهما اتفقا على عقد واحد، واختلفا في بيان الصفة التي هي من شرائط العقد فمن يدعي الصحة كان الظاهر شاهدًا له؛ إذِ الظاهر من حالهما مباشرة العقد بوصف الصحة، فكان القولُ قول من يشهد له الظاهر؛ لأنه أقرب إلى الصدق. كذا ذكره الإمام قاضي خان.

وفي الكافي: كلام المتعنت مردود، فبقي قولُ صاحبه بلا معارض.

وقوله: (لأن المسلم فيه يربو) إلى آخره، دليلٌ فيه على قوله: **(لأن رب السلم متعنتٌ)** [٢/١٤٧/أ] لربا المسلم فيه على رأس المال عادة، فكان الخير له في صحة العقد، فإذا أنكر صحته فقد كان متعنتًا.

فإن قيل: لا نسلم أن المسلم فيه يربو، بل رأس المال خيرٌ وإن قلَّ من المسلم فيه وإن حلَّ؛ لما أن رأس المال نقد، والمسلم فيه نسيئة، وفي المثل السائر: النقد خير من النسيئة.

قلنا: نعم كذلك إلا أن ذلك متروكٌ بالعرف والعادة، فإن الناس مع وفور عقولهم يقدمون في عقد السلم، وما ذاك إلا لفائدةٍ زائدةٍ رأوها فيه، فكان النقد

---

(١) في الأصل: (فيه)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) انظر: الدر المختار (٥/ ٢٢٢). (٣) انظر: مغني المحتاج (٣/ ٦).

وَفِي عَكسِهِ قَالُوا: يَجِبُ أَن يَكُونَ القَولُ لِرَبِّ السَّلَمِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، لِأَنَّهُ يَدَّعِي الصِّحَّةَ وَإِن كَانَ صَاحِبُهُ مُنكِرًا.

وَعِندَهُمَا: القَولُ لِلمُسَلَّمِ إِلَيهِ لِأَنَّهُ مُنكِرٌ وَإِن أَنكَرَ الصِّحَّةَ(*)، وَسَنُقَرِّرُهُ مِن بَعدُ إِن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَلَو قَالَ المُسلَمُ إِلَيهِ: لَم يَكُن لَهُ أَجَلٌ، وَقَالَ رَبُّ السَّلَمِ: بَل كَانَ لَهُ أَجَلٌ، فَالقَولُ قَولُ رَبِّ السَّلَمِ) ....

بمقابلة زيادة فائدة مع كونه نسيئة، وإنما ذكر ربا المسلَّم فيه [لإثبات المعادلة بينه وبين رأس المال؛ لأن المسلَّم فيه](١) وإن كان أكثر مالية عادة إلا أنه آجِل، ورأس المال ـ وإن قلّتْ ماليته ـ عاجل، والعاجل خير من الآجل، فينجبر قصورُ كل واحدٍ منهما بوفور كل واحدٍ منهما فيتعادلان.

وذكر الإمام السرخسي أن القول قول المسلم إليه؛ لأنه هو الذي يلتزم الطعام بعقد السَّلَم، فالقولُ قوله في بيان صفة ما التزم، ثم اتفاقهما على أصل العقد اتفاق على ما هو شرط جواز العقد، ومن شرط جوازه بيان صفة الطعام، فقول رب السَّلَم لم يسم صفة الطعام يكونُ رجوعًا عمَّا أقرّ به، وسعيًا منه في نقض ما تم من جهته.

(وفي عكسه) بأن ادعى رب السَّلَم شرط الرديء، وأنكر المسلم إليه الشرط أصلًا، لم يذكره في الكتاب.

(قالوا) أي: المشايخ **(يجب أن يكون القولُ لرب السلم عند أبي حنيفة)**، وبه قال الشافعي.

(لأنه يدَّعي الصحة)، والظاهر شاهد؛ لأن العقد الفاسد معصية، والظاهر عن حال المسلم التفادي عن المعصية.

(وسنقرره من بعد) أي: في المسألة التي بعد هذه المسألة.

(فالقول قول رب السلم) أي: بالاتفاق، وبه قال الشافعي؛ لأن كلام المسلم إليه خرج مخرج التعنّت؛ لأنه ينكر ما ينفعه وما هو حقه وهو الأجل؛

(*) الراجح: قول أبي حنيفة كما هو ظاهر من أصول الإفتاء.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لِأَنَّ المُسلَمَ إِلَيهِ مُتَعَنِّتٌ فِي إِنكَارِهِ حَقًّا لَهُ وَهُوَ الأَجَلُ، وَالفَسَادُ لِعَدَمِ الأَجَلِ غَيرُ مُتَيَقَّنٍ لِمَكَانِ الاِجتِهَادِ فَلَا يُعتَبَرُ النَّفعُ فِي رَدِّ رَأسِ المَالِ، بِخِلَافِ عَدَمِ الوَصفِ، وَفِي عَكسِهِ القَولُ لِرَبِّ السَّلَمِ عِندَهُمَا، لِأَنَّهُ يُنكِرُ حَقًّا لَهُ عَلَيهِ فَيَكُونُ القَولُ قَولَهُ، وَإِن أَنكَرَ الصِّحَّةَ كَرَبِّ المَالِ إِذَا قَالَ لِلمُضَارِبِ: شَرَطتُ لَكَ نِصفَ الرِّبحِ

لأن الأجل لتوفية المسلم إليه، وهو استحسان، والقياس: أن يكون القول قول من يدَّعي الفساد؛ لأنه ينكرُ استحقاق موجب العقد الجائز، أو لأن السلم فيه لما كان يربو على رأس المال لا يكون منكر لزوم شيء، وهو زائد المالية على ما يقابله، فلا يكون متعنتًا.

وقوله: (والفساد بعدم الأجل غير متيقن لمكان الاجتهاد) فإن الشافعي[1] يجوّز السَّلَم حالًّا بلا أجل؛ لدفع سؤال مقدّر هو أن يقال: المسلم إليه ليس بمعنت؛ لأنه يدَّعي الفساد ورد رأس المال، وفيه نفع له يعود رأس المال إليه، فقال: والفساد غير متيقن، يعني: في كلام المسلم إليه تعنت من حيث إنه ينكر حقًّا له وهو الأجل كما بيّنا، وليس فيه تعنت من حيث إنه يدعي الفساد لأجل رد رأس المال وله في ذلك نفع، والجهة التي بها يصير متعنتًا، وهو إنكار الأجل ـ قطعية؛ فإن كون الأجل حقًّا له وفيه منفعته قطعي، والجهة التي بها يتحقق انعدام التعنت مبنية على النفع برد رأس المال، مبنية على الفساد، وهو غير قطعي بل ظنية؛ لكونه مجتهدًا فلا تعارض جهة الظنية لجهة القطعية. كذا في جامع قاضي خان.

(بخلاف عدم الوصف) أي: الاختلاف في الوصف وهي المسألة الأولى، فإن فساد السلم بسبب ترك الوصف متيقن غير مجتهد فيه، فكان رب السلم هناك متعنتًا.

(وفي عكسه) بأن ادَّعى المسلم إليه الأجل، وأنكره ربُّ السَّلَم، فالقول قولُ المسلم إليه عند أبي حنيفة[2]، وعندهما القول لرب السلم؛ لأنه منكر حقًّا له وهو تسليم رأس المال إلى المسلم إليه بإنكار الأجل، وإن أنكر صحة العقد.

---

(١) انظر: العزيز شرح الوجيز (٩/ ٢٢٦).
(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير (١/ ٣٢٢).

إِلَّا عَشَرَةً، وَقَالَ المُضَارِبُ: لَا بَل شَرَطتَ لِي نِصفَ الرِّبحِ، فَالقَولُ لِرَبِّ المَالِ، لِأَنَّهُ يُنكِرُ استِحقَاقَ الرِّبحِ وَإِن أَنكَرَ الصِّحَّةَ.

وَعِندَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: القَولُ لِلمُسلَمِ إِلَيهِ، لِأَنَّهُ يَدَّعِي الصِّحَّةَ وَقَد اتَّفَقَا عَلَى عَقد وَاحِد، فَكَانَا مُتَّفِقِينَ عَلَى الصِّحَّةِ ظَاهِرًا، بِخِلَافِ مَسأَلَةِ المُضَارَبَةِ، لِأَنَّهُ لَيسَ بِلَازِم، ....

قوله: (إلا عشرة) وفي بعض النسخ: (وزيادة عشرة)، وهذه النسخة ليست بصحيحة؛ لأن على ذلك التقدير القول للمضارب بالإجماع، والصحيح النسخة الأولى؛ لأنه على ذلك التقدير كان القول لرب المال.

والمقيسُ عليه في هذه المسألة في شروح المبسوط وشروح الجامع والفوائد الظهيرية والتتمة: بلفظ الاستثناء.

(على الصحة ظاهرًا) إذِ الظاهر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد، ولأن شرط الشيء تبعٌ له، فكان الاتفاق على العقد اتفاقًا على شرائطه، فصارا متفقين على الصحة، فإنكارُ الأجل بعده رجوعٌ عما أقرَّ، والرجوع عن الإقرار باطلٌ، ألا ترى أن الاختلاف بين الزوجين لو وقع في أن النكاح بشهود أو بغير شهود بعد اتفاقهما على النكاح كان القولُ لمن يدّعي صحة النكاح. كذا في المبسوط[(١)]، وقال الشافعي بقول أبي حنيفة.

(بخلاف المضاربة؛ لأنه) أي: عقد المضاربة **(ليس بلازم)** ولهذا يتمكن [رب المال من عزله قبل شراء المضاربة برأس المال شيئًا، وكذا المضارب يتمكن][(٢)] من فسخه، وإذا كان غير لازم يرتفع باختلافهما فإذا ارتفع بالإنكار بقي دعوى المضارب في استحقاق الربح في مال المضارب وهو منكر، فالقول له، بخلاف السَّلَم فإنه لازمٌ فبالاختلاف لا يرتفع، فكان مدَّعي الفساد [٢/١٤٧/ب] متعنتًا فكان مردودًا؛ لأنه إذا صح كان شركة، وإذا فسد كان إجارة، فلم يتفقا على عقد واحد، وذلك أن لزومه دليلٌ على أن الحق الثابت لكل واحد من المتعاقدين حق لازم في العقد؛ لأنه حق محترم بدليل عدم تفرد أحدهما بالفسخ وما كان ذلك لصيانة حق الآخر.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/١٥٨).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَلَا يُعتَبَرُ الِاختِلَافُ فِيهِ، فَيَبقَى مُجَرَّدَ دَعوَى استِحقَاقِ الرِّبحِ، أَمَّا السَّلَمُ فَلَازِمٌ فَصَارَ الأَصلُ: أَنَّ مَن خَرَجَ كَلَامُهُ تَعَنُّتا فَالقَولُ لِصَاحِبِهِ بِالِاتِّفَاقِ، وَإِن خَرَجَ خُصُومَة وَوَقَعَ الِاتِّفَاقُ عَلَى عَقد وَاحِد فَالقَولُ لِمُدَّعِي الصِّحَّةِ عِندَهُ، وَعِندَهُمَا: لِلمُنكِرِ وَإِن أَنكَرَ الصِّحَّةَ.

ولأن المقصود من الدّعوى الالتزام، [ولا يتحقق ذلك إلا في حق موصوف بصفة اللزوم مشتملًا على المقصود وهو الالتزام][1]، أما دعوى العقد الذي هو غير موصوفٍ بصفة اللزوم لا يكون مشتملًا على المقصود، [وإذا كان كذلك فكل عقد][2] موصوف باللزوم يعتبر فيه الدعوى والاختلاف في العقد، وعقد المضاربة غير موصوف بصفة اللزوم، فلم تعتبر فيه الدعوى والاختلاف، فبقي مجرد دعوى الربح. كذا في الفوائد الظهيرية.

وهذا معنى قول المصنف: **(فلم يعتبر الاختلاف فيه)**.

وفي مبسوط شيخ الإسلام في المتنازع فيه: البقاء على عقدٍ واحدٍ، وفي المضاربة على عقد واحد بل اختلفا، فرب المال يدّعي الإجارة، فإن المضاربة متى فسدت صارت إجارة فاسدة، وادَّعى المضارب الشركة، فإنها إذا جازت كانت شركة، ورب المال ينكر ذلك وأقرّ بالإجارة، فيكون القول له، بخلاف مسألتنا؛ فإن السلم الحالّ فاسد وليس بعقدٍ آخر؛ ألا ترى أنه يحنثُ به في حلفه لا يسلم.

فإن قيل: يشكل بما لو قال رب المال: شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة، والمضارب ينكر؛ فإن القول فيه للمضارب، ولم يقل إنهما اختلفا في نوع العقد.

قلنا: المضاربُ ادَّعى الصحة والشركة، ورب المال أقر له بذلك بقوله: شرطتُ نصف الربح.

ثم بقوله: (وبزيادة عشرة) يدعي الفساد بعدما أقر بجوازه؛ لأن قوله:

---

(١) في الأصل: (أما دعوى العقد الذي هو غير)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (وهو الالتزام، أما دعوى العقد الذي هو غير)، والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَيَجُوزُ السَّلَمُ فِي الثِّيَابِ إِذَا بَيَّنَ طُولًا وَعَرضًا وَرُقْعَة) لِأَنَّهُ أَسلَمَ فِي

(وزيادة عشرة) معطوف على قوله: (وشرطت لك) فأوّل الكلام لا يتوقفُ على آخره، بخلاف قوله: (إلا عشرة) فإن هذا استثناء، وأوّل الكلام مما يقف على الاستثناء. كذا ذكره قاضي خان.

فإن قيل فيه: يحنث؛ لأنه ذكر في الأصول في مسألة نكاح الأختين موقوفًا، فإذا قال الفضولي: أجزت نكاح هذه وهذه؛ فإنه يتوقف أوله على آخره بوجود المغيّر في آخره وإن كان بحرف العطف، وهاهنا وجد المغيّر، فإن قوله: (وزيادة عشرة) لقوله: (شرطت لك نصف الربح) فينبغي أن يتوقف.

فإن قيل: إذا اختلف الزوجان في النكاح فقال الزوج: تزوجتك حال ما كنت صغيرًا، وقالت المرأة: تزّوجتني بعد البلوغ؛ فالقول قول الزوج وإن كان فيه فساد العقد.

قلنا: هاهنا ما أقر بالعقد، بل أنكر العقد حيث أسنده إلى حال عدم الأهلية.

قوله: (**رقعة**)، الرقعة: الغلظة والثخانة، كذا في المغرب[(١)].

وقيل: المراد عدد الكرباس؛ يعني: أنه كثير الرقاع، أو قليل[(٢)] الرقاع، وقيل: تعريفه بأنه خُماسيًّا أو سداسيًّا.

ولا خلاف للأئمة الأربعة في جواز السَّلَم في الثياب ببيان الطول والعرض والرقعة، وإنما الخلاف في اشتراط بيان الوزن في الثوب الحرير فعندنا شرط، وعند الشافعي[(٣)] ومالك[(٤)] وأحمد[(٥)] ليس بشرط.

وكذا يجوز في البواري والجوالق[(٦)] والمُسوح والأكسية والبُسط استحسانًا إذا بيّن طولًا وعرضًا وصنعة؛ لما رُوي عن ابن مسعود أنه قال: «يجوز السَّلَم

---

(١) انظر: المغرب في ترتيب المعرب (١/ ١٩٥).
(٢) في الأصل: (كثير)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) انظر: الأم للشافعي (٣/ ١٢٥).
(٤) انظر: الجامع لمسائل المدونة (١١/ ١٨٥).
(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٢١٤).
(٦) الجوالق: الوعاء. انظر: مختار الصحاح (١/ ٥٩).

مَعلُوم مَقدُورِ التَّسلِيمِ عَلَى مَا ذَكَرنَا، وَإِن كَانَ ثَوبَ حَرِير لَا بُدَّ مِن بَيَانِ وَزنِهِ أَيضًا لِأَنَّهُ مَقصُودٌ فِيهِ.

(وَلَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِي الجَوَاهِرِ وَلَا فِي الخَرَزِ) لِأَنَّ آحَادَهَا مُتَفَاوِتَةٌ تَفَاوُتًا فَاحِشًا، وَفِي صِغَارِ اللُّؤلُؤِ الَّتِي تُبَاعُ وَزنا يَجُوزُ السَّلَمُ، ....

في كل شيءٍ إلا الحيوان»، ولأنه أسلم في معلوم لا ينقطع كما في المكيل والموزون. كذا في جامع قاضي خان.

(**لا بدَّ من بيان وزنه**)، في المبسوط[١]: إذا أسلم في الحرير ينبغي أن يشترط؛ لأن قيمته تختلف باختلاف الوزن، وينبغي أن يشترط بيان الطول والعرض مع الوزن؛ لأن المسلم إليه ربما يأتي وقت حلول الأجل بقطع الحرير بذاك، ونحن نعلمُ يقينًا أنه لم يرد به قطع الحرير، وأما في غيره من الثياب فلا يشترط بيان الوزن؛ لأنها لا تختلفُ باختلاف الوزن. ذكره في الذخيرة.

وذكر الإمام السرخسي اشتراط بيان الوزن في الوذاري وما يختلف بالثقل والخفّة.

وفي المنتقى: إذا باع ثوب حرير يدًا بيد لا يجوز إلا وزنًا.

وفي المحيط: وفي اشتراط ذكر الوزن في الحرير اختلاف المشايخ، والصحيح أنه يشترط، وفيه: لو شرط كذا كذا ذراعًا؛ فله ذراع وسط، واختلف في تفسير الوسط؛ قيل: أراد به الفعل، يعني لا يمد كل المدّ ولا يرخى كل الإرخاء، قيل: أراد به الخشب؛ لأنه يتفاوت، وفي الأسواق قال شيخ الإسلام: والصحيح أنه يُحمل عليهما نظرًا للجانبين.

قوله: (**ولا يجوز السلم** [٢/١٤٨/أ] **في الجواهر**)، ولا خلاف فيه للفقهاء إلا لمالك[٢] فإنه يجوز عنده.

(**وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنًا يجوز السلم**)؛ لأنه يُدقّ ويُجعل في الدواء، ولا خلاف فيه أيضًا للفقهاء[٣].

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٢٣).
(٢) انظر: الذخيرة للخرافي (٥/ ٢٤١).
(٣) انظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/ ٢٢٠)، والبحر الرائق (٦/ ١٧١)، والمدونة (٣/ ٦٨)، والتاج والإكليل لمختصر الخليل (٦/ ٥١٥)، وبحر المذهب (٥/ ١٦٨)، وجواهر العقود (١/ ١٢١)، ونهاية المطلب (٦/ ٦٠)، والإنصاف (٥/ ٨٨).

لِأَنَّهُ مِمَّا يُعلَمُ بِالوَزنِ (وَلَا بَأسَ بِالسَّلَمِ فِي اللَّبِنِ وَالآجُرِّ إذَا سَمَّى مِلبَنا مَعلُومًا) لِأَنَّهُ عَدَدِيٌّ مُتَقَارِبٌ لَا سِيَّمَا إذَا سُمِّيَ المَلبَنُ.

قَالَ: (وَكُلُّ مَا أَمكَنَ ضَبطُ صِفَتِهِ وَمَعرِفَةُ مِقدَارِهِ جَازَ السَّلَمُ فِيهِ) لِأَنَّهُ لَا يُفضِي إِلَى المُنَازَعَةِ (وَمَا لَا يُضبَطُ صِفَتُهُ وَلَا يُعرَفُ مِقدَارُهُ لَا يَجُوزُ السَّلَمُ فِيهِ) لِأَنَّهُ دَينٌ، وَبِدُونِ الوَصفِ يَبقَى مَجهُولًا جَهَالَةً تُفضِي إِلَى المُنَازَعَةِ (وَلَا بَأسَ بِالسَّلَمِ فِي طَست أَو قُمقُمَة أَو خُفَّينِ أَو نَحوَ ذَلِكَ إذَا كَانَ يُعرَفُ) لِاستِجمَاعِ شَرَائِطِ السَّلَمِ (وَإِن كَانَ

(لأنه مما يُعلمُ بالوزن)، ولا تتفاوت آحاده أيضًا.

وفي المجتبى: **قوله**: (ملبنًا) يحتمل[١] ما يضرب منه اللَّبِن وهو المكان، وما يَضرب به وهو الآلة، وذكر في المحيط أنه يُشترط بيان مكانه والآلة. وقيل: لا يشترط بيان مكانه، وبقولنا قال الشافعي.

قوله: (وكل ما أمكن ضبط صفته) إلى آخره؛ لا خلاف للفقهاء، حتى جاز السلم في كل ما هو من ذوات الأمثال[٢]، كالقطن والكتّان والإبريسم والنحاس والتبر والحديد والرصاص والصفر والحناء والوشمة والرياحين اليابسة، وفي الجذوع إذا بيّن الطول والعرض، وكذا السَّاج وصفوف العيدان والخشب والقصب والغزل، ويجوز السلم في التّبن كيلًا، وكيله الغرائر.

وقيل: إنه موزون، وقيل: المعتبر هو التعارف. كذا في المجتبى.

قوله: (أو نحو ذلك) مثل الكوز والآنية من النحاس والصفر والقلنسوة، وبه قال الشافعي[٣] وإن كان يتساوى جوانبه، ويمكن العبارة عن ثخانته وطوله وعرضه، وما يختلفُ به الغرض، فأما إن كان أجزاؤه تختلف كالقماقم[٤] والطواجن والأواني المتخذة من الصفر والزجاج والكيزان[٥] والجباب؛ فلا يجوز لتفاوت أجزائها فمنها ما يكون أعلاه أوسع وأسفله أضيق وبالعكس، وقد

---

(١) في الأصل: (مبينا يحمل)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) انظر: المبسوط للشيباني (٤/ ٥). (٣) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي (١/ ٩٧).

(٤) القماقم: أوعية من نحاس ذات عروتين. انظر: مختار الصحاح (١/ ٢٦٠).

(٥) الكيزان: كوز: كاز الشيء كوزا جمعه، والكوز من الأواني، والجمع أكواز وكيزان، حكاها سيبويه. انظر: لسان العرب (٥/ ٤٠٢).

لَا يُعرَفُ فَلَا خَيرَ فِيهِ) لِأَنَّهُ دَينٌ مَجهُولٌ. قَالَ: (وَإِن استَصنَعَ شَيئًا مِن ذَلِكَ بِغَيرِ أَجَل جَازَ استِحسَانًا) لِلإِجمَاعِ الثَّابِتِ بِالتَّعَامُلِ.

يكون وسطه كذلك. كذا في تتمتهم[١]، وعندنا إن كان كذلك لا يعرف فلا يجوزُ أيضًا[٢].

قوله: (وإن استصنع شيئًا من ذلك) من الطشت والقُمْقُمْة والخف، قال أبو اليسر في جامعه: صورة الاستصناع أن يجيء إلى خَفَّاف ويقول له: اخرز لي خفًا صفته كذا وقدره كذا بكذا، ويُسلّم الدراهم كله أو بعضه، أو لا يسلم.

وفي القياس لا يجوز، وهو قول زفر[٣] والشافعي[٤]؛ إذْ لا يمكن تحريره إجارة؛ لأنه استئجار على العمل في ملك الغير؛ إذِ الأديم ملك الصانع ولا يبقى لأنه معدوم، وقد «**نَهَى النّبيّ ﷺ عن بَيعَ مَا لَيْسَ عندَ الإنسانِ**»[٥] وهذا في حكم بيع العين، فلو كان موجودًا غير مملوك للعاقل لا يجوز، فإذا كان معدومًا أولى ألا يجوز، ولكنا تركنا القياس وجوَّزنا الاستصناع بتعامل الناس من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير.

والتعامل بهذه الصفة أصلٌ كبيرٌ؛ لقوله ﵇: «**ما رَآه المُسْلمُون حَسَنًا فهُو عند اللهِ حسنٌ**»[٦]، وقال: «**لَا تَجتَمِع أُمّتي عَلَى الضَّلَالَةِ**»[٧] وفي الحديث

---

(١) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي (١/ ٩٧، ٩٨).

(٢) انظر: المبسوط للشيباني (٥/ ٨). (٣) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢).

(٤) انظر: النجم الوهاج (٤/ ٢٥٧).

(٥) تقدم قول الكاكي: (هذا نقل الحديث بالمعنى، ولفظ الحديث: «لا تبع ما ليس عندك») أهـ.
وقد أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٣ رقم ٣٥٠٤)، والترمذي (٢/ ٥٢٦ رقم ١٢٣٤)، وابن ماجه (٢/ ٧٣٧ رقم ٢١٨٨)، والنسائي (٧/ ٢٨٨ رقم ٤٦١١) من حديث عبد الله بن عمرو ﵁.
قال الترمذي: وهذا حديث حسن صحيح، وقال الحاكم: هذا حديث على شرط حمله من أئمة المسلمين صحيح. «المستدرك» (٢/ ١٧).

(٦) أخرجه أحمد (١/ ٣٧٩ رقم ٣٦٠٠)، والبزار (٥/ ٢١٢ رقم ١٨١٦) من قول عبد الله بن مسعود ﵁.
قال الهيثمي: رواه أحمد، والبزار، والطبراني في الكبير، ورجاله موثقون. مجمع الزوائد (١/ ١٧٧)، وقال ابن حجر: أخرجه أحمد موقوفًا على ابن مسعود بإسناد حسن. الدراية (٢/ ١٨٧).

(٧) أخرجه الترمذي (٤/ ٣٦ رقم ٢١٦٧)، والحاكم (١/ ١١٥ رقم ٣٩٤) من حديث ابن عمر ﵄.=

وَفِي القِيَاسِ: لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ بَيعُ المَعدُومِ، وَالصَّحِيحُ: أَنَّهُ يَجُوزُ بَيعا لَا عِدَة،

أنه ﷺ «**استصنع خاتمًا، أو استصنع المنبر**»، وهو نظير دخول الحمام بالأجر فإنه جائز بالتعامل، وإن كان مقدار ما يمكث فيه وما يصب من الماء مجهولًا، وكذا شرب الماء من السقا بفلس، والحجامة بأجر وإن لم يكن مقدار ما يشرط وما يضع من الكبة على ظهره معلومًا.

وهذا القياس فيما فيه تعامل للناس، وفيما لا تعامل فيه لا يُترك، بأن يستصنع حائكًا ثوبًا لينسجه بغزل نفسه.

ثم اختلف المشايخ أنه مواعدة أو معاقدة؛ قال الحاكم الشهيد: مواعدة[(١)] وإنما ينعقدُ العقد بالتعاطي عند الفراغ؛ ولهذا يثبت لكل منهما الخيار، فكان للصانع أن يمتنع من العمل. كذا في المبسوط.

قال السيد الإمام في المنشور: وهو اختيار أبي القاسم الصفَّار ومحمد بن سلمة، وبه نأخذ، ولا تلزم المعاملة والمزارعة على قول أبي حنيفة[(٢)] فإنهما فاسدان مع التعامل؛ لأن الخلاف في الصدر الأول، وهذا إذا كان على الاتفاق. كذا ذكره الإمام قاضي خان.

(**والصحيح أنه**) أي: الاستصناع (**يجوز**[(٣)] **بيعًا لا عدة**)؛ لأن محمدًا ذكر فيه القياس، والاستحسان يجوز قياسًا واستحسانًا، ولأنه جوَّزه فيما فيه تعامل

= قال الترمذي: هذا حديث غريب من هذا الوجه، وقال الحاكم: فقد استقر الخلاف في إسناد هذا الحديث على المعتمر بن سليمان، وهو أحد أركان الحديث من سبعة أوجه لا يسعنا أن نحكم أن كلها محمولة على الخطإ بحكم الصواب لقول من قال: (عن المعتمر، عن سليمان بن سفيان المدني، عن عبد الله بن دينار).
ونحن إذا قلنا هذا القول نسبنا الراوي إلى الجهالة فوهنا به الحديث، ولكنا نقول: إن المعتمر ابن سليمان أحد أئمة الحديث، وقد روي عنه هذا الحديث بأسانيد يصح بمثلها الحديث فلا بد من أن يكون له أصل بأحد هذه الأسانيد، ثم وجدنا للحديث شواهد من غير حديث المعتمر لا أدعي صحتها ولا أحكم بتوهينها بل يلزمني ذكرها لإجماع أهل السنة على هذه القاعدة من قواعد الإسلام، وقال ابن حجر: فيه سليمان بن شعبان المدني، وهو ضعيف وأخرج الحاكم له شواهد. «تلخيص الحبير» (٣/ ٢٩٩).

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢).
(٢) انظر: البحر الرائق (٦/ ١٨٥).
(٣) انظر: البحر الرائق (٦/ ١٨٥).

وَالمَعدُومُ قَد يُعتَبَرُ مَوجُودًا حُكمًا، وَالمَعقُودُ عَلَيهِ العَينُ دُونَ العَمَلِ، ....

لا فيما لا تعامل فيه، والمواعيد تجوز في الكل؛ ولأنه سمَّاه شراءً فقال: إذا رآه المستصنع فإنه بالخيار فإنه اشترى ما لم يره، ولأنه أثبت فيه خيار الرؤية، وهو يثبت في البيع لا في الوعد، ولأن الصانع لو قبض الدراهم يملكها، ولو كان موعدًا لا يملكها. كذا في المبسوط[١] والذخيرة.

قال أبو اليسر في جامعه بثبوت الخيار لكل واحدٍ منهما، وبه لا يتبين أنه ليس ببيع؛ إذْ لو تبايع الرجلان عرضًا بعرض ولم [يرَ][٢] كل واحدٍ ما اشتراه؛ فلكل واحدٍ منهما الخيار، وهذا بيع محضٌ.

وقوله: (لا عدة)[٣] نفي لقول الحاكم الشهيد كما ذكرناه.

قوله: (وقد يعتبر) جوابٌ عن قولهما: إنه بيعٌ معدومٌ، يعني: قد يَعتبر المعدوم موجودًا حكمًا؛ للعادة، كطهارة المستحاضة، وعكسه الماء المستحق للعطش، وكالمسلم فيه، والتسمية عند [٢/١٤٨/ب] الذبح للنسيان، وكالقراءة في الفرض في الآخرتين، وفي حق المقتدي، وكالرهن بالدين الموعود، وقد تحققت الحاجة هنا؛ إذْ كل واحدٍ لا يجدُ خُفًّا يوافق رجليه، أو خاتمًا يوافق إصبعه، وبيع المعدوم قد يجوز للحاجة، أصله بيع المنافع.

وبقوله: (والمعقود عليه العين دون العمل) ينفي قول أبي سعيد البردعي، فإنه يقول: المعقود عليه العمل؛ لأن الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل، فتسمية العقد به دليلٌ على أنه هو المعقود عليه، والأديم[٤] والصّرم[٥] فيه بمنزلة الآلة للعمل، ولكن الأصح أن المعقود عليه العين؛ لأن المقصود هو المستصنع، وذكر الصنعة لبيان الوصف.

والدليل عليه أن محمدًا أثبت خيار الرؤية فيه، وهو إنما يكون في بيع

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/١٥٨).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) انظر المتن ص ١٨٢ .

(٤) الأديم: جمعه أُدُم، وقد يجمع على آدمة، والأدمة: باطن الجلد الذي يلي اللحم، وتأتي بمعنى الألفة والموافقة. انظر: مختار الصحاح (١/ ١٥).

(٥) الصرم: هو الجلد، فارسي معرب، تأتي بمعنى الرفض والقطع. انظر: مختار الصحاح (١/ ١٧٥).

حَتَّى لَو جَاءَ بِهِ مَفرُوغًا لَا مِن صَنعَتِهِ أَو مِن صَنعَتِهِ قَبلَ العَقدِ فَأَخَذَهُ جَازَ،

العين، وكذا (**لو جاء به مفروغًا عنه لا من صنعته، أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز**)، ولو كان بعد العقد يجبرُ الآمر على القبول، كذا في المبسوط[(١)].

فإن قيل: لو كان تبعًا لما بطل بموت الصانع، فإن الإمام قاضي خان ذكر في الجامع أنه يبطل بموت الصانع أو المستصنع، والبيع لا يبطل بموتهما.

قلنا: للاستصناع شَبَهٌ بالإجارة من حيث إن فيه طلب الصنع وهو العمل، وشبه بالبيع من حيث إن المقصود عين المستصنع فيه؛ فلشبهة بالإجارة قلنا: يبطل بموت أحدهما، ولشبهه بالبيع، وهو المقصود، أجرينا فيه القياس والاستحسان، وأثبتنا فيه خيار الرؤية، ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد.

وفي الذخيرة: أنه إجارةٌ ابتداءً وبيعٌ انتهاءً، ولكن قبل التسليم لا عند التسليم؛ بدليل أنهم قالوا: إذا مات الصانع قبل تسليم العمل بطل الاستصناع، ولا يستوفى المصنوع من تركته. كذا ذكره[(٢)] محمد في كتاب البيوع.

فإن قيل: لو كان ينعقد إجارة لكان الصانع يُجبر على العمل، ويجبر المستصنع على إعطاء الدراهم كما في سائر الصنائع والإجارات، ولو أتى الصانع بمصنوع صنعه قبل العقد برئ عما لزمه بالاستصناع.

قلنا: الروايات في لزوم الاستصناع وعدم لزومه مختلفة، فروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن الصانع لا يَجبر على العمل بل يتخير، وإذا أتى بالمصنوع لا يجبر المستصنع على القبول.

فوجه ذلك: أما الصانع لا يجبر على العمل؛ لأنه لا يمكنه العمل إلا بإتلاف عين له، والإجارة تفسخ بهذا العقد؛ ألا ترى أن المزارع له أن يمنع من العمل إذا كان البذر من جهته، وكذلك رب الأرض؛ لأنه لا يمكنه المضي بهذه الإجارة [إلا بإتلاف عين، فكذا هذا.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٣٩).

(٢) انظر: المحيط البرهاني (٧/ ١٣٥).

وَلَا يَتَعَيَّنُ إِلَّا بِالِاخْتِيَارِ، حَتَّى لَو بَاعَهُ الصَّانِعُ قَبلَ أَن يَرَاهُ المُستَصنِعُ جَازَ، وَهَذَا كُلُّهُ هُوَ الصَّحِيحُ.

قَالَ: (وَهُوَ بِالخِيَارِ إِذَا رَآهُ، إِن شَاءَ أَخَذَهُ، وَإِن شَاءَ تَرَكَهُ) لِأَنَّهُ اشتَرَى شَيئًا لَم

وأما لا يجبر المستصنِع على إعطاء الدراهم وإن شرط تعجيله؛ لأن هذه الإجارة في الآخرة كان][1] شراء ما لم يره.

ومن اشترى ما لم يره كان له أن يفسخ العقد ولا يعطي البدل، ولأن جواز الاستصناع بخلاف القياس لأجل الحاجة، والضرورة في الجواز لا في اللزوم، وعن هذا قلنا: إن للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع؛ لأن العقد ليس بلازم فإذا رآه ورضي به ليس له أن يبيعه؛ لأن الصانع بالإحضار أسقط خياره ولزم العقد من جانبه، فإذا رضي به المستصنع ثبت اللزوم في حقه أيضًا.

وقال أبو يوسف: آخرًا لا خيار لواحدٍ منهما؛ بل يجبر الصانع على العمل، ويجبر المستصنع على القبول؛ لأن الصانع ضمن العمل فيجبر عليه، والمستصنع لو لم يجبر على القبول لتضرر به الصانع؛ لأنه عسى لا يشتريه منه غيره أصلًا أو لا يشتري بذلك القدر، فيجبر دفعًا للضرر عن الصانع.

وأما قوله: لو أتى بمصنوع صنعه قبل العقد لا يُجبر على العمل.

قلنا: المقصود من العمل المعمول، وقد حصل، فقد سقط العمل. هذا كله من الذخيرة.

(ولا يتعين) أي: لا يتعين المستصنع الذي اتخذه لأجل المستصنع **(إلا بالاختيار)** أي: باختيار المستصنع؛ إذْ لو تعيَّن لما جاز بيعه قبل اختياره. ذكره في المبسوط[2].

وهذا لكونه بيعًا لا عدة، وكون المعقود عليه الدين دون العمل، وكونه لا يتعين إلا باختياره.

(هو الصحيح) لما أن في كل واحدٍ منها خيرٌ آخر كما يجيء بعد هذا.

(وهو) أي: المستصنع **(بالخيار إذا رآه، إن شاء أخذه وإن شاء تركه)** لما

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٣٩).

يَرَهُ وَلَا خِيَارَ لِلصَّانِعِ، كَذَا ذَكَرَهُ فِي المَبسُوطِ وَهُوَ الأَصَحُّ، لِأَنَّهُ بَاعَ مَا لَم يَرَهُ. وَعَن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّ لَهُ الخِيَارَ أَيضًا، لِأَنَّهُ لَا يُمكِنُهُ تَسلِيمُ المَعقُودِ عَلَيهِ إِلَّا بِضَرَرٍ وَهُوَ قَطعُ الصَّرمِ وَغَيرِهِ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ لَا خِيَارَ لَهُمَا. أَمَّا الصَّانِعُ: فَلِمَا ذَكَرنَا.

وَأَمَّا المُستَصنِعُ: فَلِأَنَّ فِي إِثبَاتِ الخِيَارِ لَهُ إِضرَارًا بِالصَّانِعِ، لِأَنَّهُ رُبَّمَا ....

ذكرنا أنه بيع العين، فكان مشتريًا، والمشتري بالخيار إذا رآه، ولا خيار للصانع؛ بل يُجبر على العمل؛ لأنه باع ما لم يره، وهذا مخالفٌ لما ذكر في الذخيرة من رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة أن له الخيار، ورواية جامع [٢/ ١٤٩/أ] أبي اليسر، وكذا ذكره قاضي خان.

(**أن له**) أي: للصانع (**الخيار أيضًا**).

(**وهو**) [أي][١]: الضرر (**قطع الصرم وغيره**) كإتلاف الحنطة في حرزه.

فإن قيل: هذا ضرر مَرْضيٌّ في حق الصانع؛ لأنه من لوازمه.

قلنا: جاز أن يكون رضاه بسبب ظن أن المستصنع مجبورٌ على القبول، فلما علم أن المستصنِع مختار في القبول لا يرضى حينئذٍ بقطع الصرم وإتلاف الخيط، غاية الأمر أن هذا التقرير يقتضي اعتبار الجهل عذرًا، والجهل ليس بعذر في دار الإسلام؛ لأنا نقول: خيار المستصنِع اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا، وليس على كل أحدٍ من المسلمين في دار الإسلام أن يعلم أقوال جميع المجتهدين؛ إذْ لو كان ذلك مشروطًا كان كل الناس علماء وأهل الفتوى، وليس ذلك بمأخوذ على الناس؛ بل الجهل ليس بعذر في دار الإسلام في الفرائض التي لا بدَّ منها لإقامة دينه لا في حيازة اجتهاد جميع المجتهدين. كذا في الفوائد الحميدية.

(**أما الصانع فلما ذكرنا**) وهو أن الاستصناع يجوز بيعًا لا عدة، والبائع إذا باع شيئًا لم يره لا يكون له الخيار.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لَا يَشْتَرِيهِ غَيْرُهُ بِمِثْلِهِ وَلَا يَجُوزُ فِيمَا لَا تَعَامُلَ فِيهِ لِلنَّاسِ كَالثِّيَابِ لِعَدَمِ الْمُجَوِّزِ وَفِيمَا فِيهِ تَعَامُلٌ إِنَّمَا يَجُوزُ إِذَا أَمْكَنَ إِعلَامُهُ بِالوَصفِ لِيُمكِنَ التَّسلِيمُ، وَإِنَّمَا قَالَ: بِغَيرِ أَجَلٍ، لِأَنَّهُ لَو ضَرَبَ الأَجَلَ فِيمَا فِيهِ تَعَامُلٌ يَصِيرُ سَلَمًا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهُمَا،

(**لا يشتريه**) أي: للمستصنع (**غيره**) غير الصانع (**بمثله**) أي: بمثل ما اشتراه، وقد لا يشتريه غيره أصلًا، كما لو استصنع واعظ منبرًا يعظ الناس عليه، فالعاصي لا يشتريه أصلًا.

وفي المبسوط: فرق في ظاهر الرواية بين هذا والمسلم، وقال: لا فائدة في إثبات الخيار في السَّلم لرب السَّلم؛ لأن للسَّلَم فيه دين، وبردِّ المقبوض يعود دينًا كما كان، أما هاهنا إثبات الخيار في المبيع مقيدٌ؛ لأنه مبيع عين فيرده بنفس العقد ويعود إليه رأس ماله.

توضيحه أن إعلام الدَّين بذكر الصفة؛ إذْ لا تُتصوَّر فيه المعاينة، فقام ذكر الوصف فيه مقام الرؤية في بيع العين، فأما إعلام العين فتمامه بالرؤية، والمستصنع فيه مبيع عين، فيثبت فيه خيار الرؤية كالثياب[1].

وفي الكافي: كالجباب والثياب، وصورته أن يُدفع إلى حائك دينارًا لينسج له ثوبًا من غزل نفسه.

قوله: (**لو ضرب الأجل**) أي: الأجل الذي يضرب للمسلم فيه، فإنه ذكر في المبسوط: هذا ذكر على سبيل الاستمهال بأن أجل شهرًا أو ما فوقه، أما إذا كان على سبيل الاستعجال بأن قال: على أن يفرغ عنه غدًا أو بعد غدٍ؛ فهذا لا يكون سلمًا؛ لأن ذكر المُدّة للفراغ من العمل، لا لتأخير المطالبة بالتسليم؛ ألا ترى أنه ذكر أدنى مدة الفراغ فيها من العمل.

وحُكي عن الهندواني أنه قال: إذا كان ذكر المدة من قِبَل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير به سلمًا، وإن كان من قِبَل الصانع فهو سلم؛ لأنه يذكره على سبيل الاستمهال.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٣٩).

وَلَو ضَرَبَهُ فِيمَا لَا تَعَامُلَ فِيهِ، يَصِيرُ سَلَمًا بِالِاتِّفَاقِ(*). لَهُمَا: أَنَّ اللَّفظَ حَقِيقَةٌ لِلِاستِصنَاعِ فَيُحَافَظُ عَلَى قَضِيَّتِهِ وَيُحمَلُ الأَجَلُ عَلَى التَّعجِيلِ، بِخِلَافِ مَا لَا تَعَامُلَ

وقيل: إن ذُكَر أدنى مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع، وإن كان أكثر من ذلك فهو سلم؛ لأن ذلك يختلف باختلاف المُدة فلا يمكن تقديره بشيء معلوم، وبقول أبي حنيفة يقول الشافعي(١) ومالك(٢) وأحمد(٣)؛ لأنهم لا يجوزون الاستصناع، ثم فيما كان سلمًا يُشترط فيه ما يُشترط في السلم من تعجيل رأس المال واستقصاء الوصف وعدم جواز خيار الرؤية.

(على قضيته) أي: قضية الاستصناع أو اللفظ، وذلك لأن ذكر الأجل محتمل، فإنه يحتمل أن يكون للتعجيل، ويحتمل أن يكون للاستمهال، والاستصناع مُحكم في تناوله، وما وضع له غير محتمل لشيء آخر، فيحمل المحتمل على المحكم فيقال: إن ذكر الأجل للتعجيل.

وفي المبسوط: الاستصناع بدون ذكر الأجل عقد جائز غير لازم، فبذكر الأجل لا يصير لازمًا، كعقد الشركة والمضاربة؛ وهذا لأن ذكر الأجل للترفيه وتأخير المطالبة، فلا يتغير به العقد من جنس إلى جنس، ولو كان الاستصناع بذكر الأجل سلمًا لصار السلم بحذف الأجل استصناعًا، ولو كان هذا سلمًا لكان سلمًا فاسدًا؛ لأنه شرط فيه صنعة صانع بعينه، وذلك مفسدٌ للسَّلم، وأبو حنيفة يقول: إنه، أي: المستصنع، مبيع دين، ومبيع الدين لا يكون إلا سلمًا، كما لو ذكر لفظة السَّلَم(٤).

وبيانه أن المستصنع فيه مبيع، والأجل لا يثبت إلا في الديون، فلما ثبت الأجل هاهنا عرفنا أنه مبيع دين.

توضيحه أن المعتبر ما هو المقصود، وبه يتغير العقد لا باعتبار اللفظ؛ ألا ترى أنه لو قال: ملّكتُك هذا العين بعشرة دراهم كان بيعًا، ولو قال: ملّكتُك

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) انظر: الوسيط في المذهب (٤/ ١٦٦).

(٢) انظر: حاشية الصاوي (٣/ ١٨٧).

(٣) انظر: الفروع (٦/ ١٤٧)، كشاف القناع (٣/ ١٦٥).

(٤) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٣٩، ١٤٠).

فِيهِ لِأَنَّهُ استِصنَاعٌ فَاسِدٌ فَيُحمَلُ عَلَى السَّلَمِ الصَّحِيحِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ دَينٌ يَحتَمِلُ السَّلَمَ، وَجَوَازُ السَّلَمِ بِإِجمَاعٍ لَا شُبهَةَ فِيهِ، وَفِي تَعَامُلِهِم الِاستِصنَاعُ نَوعُ شُبهَةٍ فَكَانَ الحَملُ عَلَى السَّلَمِ أَولَى، وَاَللَّهُ أَعلَمُ.

سُكنى هذه الدار بعشرة دراهم شهرًا كان إجارة، فعرفنا أن المعتبر هو المقصود، ومتى ضربا له أجلًا عُرِفَ أنهما قصدا مباشرة عقد السَّلَم.

ثم السَّلَم أقرب إلى الجواز من الاستصناع فإن كل [٢/١٤٩/ب] واحدٍ منهما مُستحسن، ولكن الآثار في السَّلَم مشهورة، حتى جاز فيما فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه، فكان الأصل فيما قصداه إلا إذا تعذر جعله سلمًا بأن لم يذكرا فيه أجلًا، فحينئذٍ يُجعل استصناعًا، ولأن الأجل مؤخر للمطالبة ولا يكون ذلك إلا بعد لزوم العقد، واللزوم في السلم دون الاستصناع، فثبوت الأجل فيه دليلٌ على أنه سلم، وذكر الصنعة لبيان وصف المسلم فيه؛ ولهذا لو جاء به مفروغًا عنه لا من صنعته يجبر على القبول، وبهذا يتبيّن فساد قولهما: إنه سلم شُرط صنعة صانع بعينه، وما قالا: إن السَّلَم بحذف الأجل لا يصير استصناعًا؛ يشكل بالمتعة حيث لا تكون نكاحًا بحذف المدة عنها، ثم النكاح بذكر المدّة فيه يصير متعة بأن تزوج امرأة شهرًا. الكل من المبسوط[١].

قوله: **(نوع شبهة)** فإن زفر[٢] والشافعي ينكران شرعيته، ولأنه عدة عند البعض لا بيع، فلا يُجبر على التسليم، ولأن جوازه بتعامل الناس، وتعاملهم في كل البلاد غير معلوم، فكان في تجويزه[٣] شُبهة، ولأنه نُقل عن الصحابة تعاملهم السَّلَم، وفي تعاملهم الاستصناع شبهة، والسلم مذكور في الكتاب والسنة فكان أقرب إلى الجواز، وذِكر الأَجلِ نص على السلم، فكان حمل اللفظ على السَّلم أولى.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٤٠).
(٢) انظر: تحفة الفقهاء (٢/ ١٥٠).
(٣) في الأصل: (تجهيزه)، والمثبت من النسخة الثانية.

مَسَائِلُ مَنثُورَةٌ

قَالَ: (**وَيَجُوزُ بَيعُ الكَلبِ وَالفَهدِ وَالسِّبَاعِ، المُعَلَّمُ وَغَيرُ المُعَلَّمِ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ**) وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيعُ الكَلبِ العَقُورِ، لِأَنَّهُ غَيرُ مُنتَفَعٍ(*) بِهِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ بَيعُ الكَلبِ، لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِنَّ مِن السُّحتِ مَهرَ البَغِيِّ وَثَمَنَ الكَلبِ» وَلِأَنَّهُ نَجِسُ العَينِ، وَالنَّجَاسَةُ تُشعِرُ بِهَوَانِ المَحَلِّ، وَجَوَازُ البَيعِ يُشعِرُ بِإِعزَازِهِ فَكَانَ مُنتَفِيًا ....

(مَسَائِلُ مَنْثُورَةٌ)

قوله: (**لأنه غير منتفع**) فلا يكون مالًا محلًّا للبيع.

وفي شرح الإرشاد: يجب قتله ويُحرّم اقتناؤه فلا يجوز بيعه كما في الخنزير، وبيع المُعلَّم يجوز؛ لما رَوى جابر أنه ﷺ «**نَهَى عَنْ بَيْعِ الكَلْبِ إلا الكَلْبَ المُعلّمِ**»(١).

قال شمس الأئمة السرخسي: ولو كان العقور بحالٍ يقبل التعليم يجوز بيعه في الصحيح من المذهب؛ لأنه حينئذٍ يكون منتفعًا مالًا فيكون مالًا محلًا للبيع.

الدليل أن محمدًا ذكر في النوادر ولو باع الجرو يجوز؛ لأنه يقبل التعليم، وإنما لا يجوز بيع العقور الذي لا يقبل التعليم.

(**من السحت**) أي: الحرام المحض الخالص. وقيل: السحت الحرام المستأصل.

(**ومهر البغي**) أجرة الزانية، بغت المرأة بِغاء، بالكسر والمد: زنت، إلا أنه قد يشبه فعيلًا بمعنى مفعول، فلا يفرق كقولهم: ملحفة جديدة، وسماه ثمنًا باعتبار صورة البيع.

(**فكان**) أي: جواز البيع (**منتفيًا**) لأن العزة والهوان متنافيان لا يجتمعان،

(*) **الراجح**: **قول أبي يوسف**.

(١) أخرجه النسائي (٧/ ٣٠٩ رقم ٤٦٦٨)، وفي السنن الكبرى (٦/ ٨١ رقم ٦٢١٩) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ نهى عن ثمن السنور، والكلب إلا كلب صيد.
قال النسائي: هذا الحديث منكر.

وَلَنَا: «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَن بَيعِ الكَلبِ إلّا كَلبَ صَيد أو مَاشِيَة»

ولأن سؤره نجس فيحرّم بيعه كالخنزير، وعكسه الشاة، وإنما جاز الانتفاع به اصطيادًا وحراسة ضرورة؛ لحاجة الناس، كالخرز بشعر الخنزير.

قوله: (**وقال الشافعي**[١]: **لا يجوز بيع الكلب**)[٢] وبه قال أحمد[٣] وبعض أصحاب مالك[٤]، وقال بعض أصحاب مالك[٥]: يجوز بيع الكلب المأذون بإمساكه ويكره، ويجوِّز الشافعي[٦] إجارة[٧] الكلب المعلّم في أصح الوجهين.

أما اقتناء الكلب للصيد وحفظ الزرع والبيوت والمواشي يجوز بالإجماع[٨]، وعنده لا يجوز بيع كل عين نجسة كالكلب والنمر والأسد.

(**لنا أنه** عليه السلام...) الحديث، رواه ابن عباس[٩].

فإن قيل: المدَّعَى جواز بيع جميع الكلاب، وهذا الحديث يقتضي جواز بيع كلب الصيد والماشية.

قلنا: المقصود من إيراد الحديث إبطال مذهب الخصم، فإنه يدَّعي شمول عدم الجواز في الكل، أما إثبات المدَّعى والمذهب بما ذكر في الأسرار حديث عبد الله بن عمرو بن العاص فإنه قال: «**قَضَى رسولُ الله ﷺ في كلبٍ بأربعين درهَمًا**»[١٠]، فذكره مطلقًا من غير تخصيص في أنواع الكلاب في التضمين،

---

(١) انظر: اللباب في الفقه الشافعي (١/ ٢١٤).

(٢) انظر المتن ص ١٩٠.

(٣) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٤).

(٤) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة (٢/ ٦٧٥).

(٥) انظر: بداية المجتهد (٣/ ١٤٦).

(٦) انظر: مختصر المزني (٨/ ١٨٨).

(٧) في الأصل: (إعارة) والمثبت من النسخة الثانية.

(٨) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ١١٨)، مجمع الأنهر (٢/ ١٠٨)، منح الجليل شرح مختص خليل (٤/ ٤٥٣)، الحاوي الكبير (٥/ ٣٧٧)، بحر المذهب للروياني (٥/ ٨٨)، المغني لابن قدامة (٤/ ١٩١)، كشاف القناع (٣/ ١٥٤)، عيون الأدلة في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار (٢/ ٧٣٤).

(٩) يريد حديث: نَهَى عَنْ بَيْعِ الْكَلْبِ إِلَّا كَلْبَ صَيْدٍ أَوْ مَاشِيَةٍ.
وقد قال ابن حجر: لَم أجده بهذا اللفظ. الدراية (٢/ ١٦١). وتقدم قريبًا بنحوه من رواية جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(١٠) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٨ رقم ١١٣٣٥، ١١٣٣٧) من فعل عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، موقوفًا.
قال البيهقي: هذا موقوف، وابن جريج لا يرون له سماعًا من عمرو، قال البخاري رحمه الله: لم يسمعه. =

وَلِأَنَّهُ مُنتَفَعٌ بِهِ حِرَاسَةً وَاصطِيَادًا، ....

وتضمين المتلف دليلٌ على تقوّمه وماليته، أو نقول: ثبت جواز بيع الكلب المعلّم بقوله: «**إلا كلب صيد**» وجواز بيع الكلب الغير المعلّم سوى العقور بقوله: «**أو ماشية**» فإن كل كلب يصلح لحراسة الماشية؛ إذْ من عادته النباح عند حس الذئب أو السارق، فبقي العقور تحت المستثنى منه. كذا في الأسرار.

قوله: (ولأنه) أي: الكلب **(منتفعٌ به حراسة واصطيادًا)** حقيقة وشرعًا فكان مالًا؛ لأن المال غير الآدمي خلق لمصالح الآدمي فيكون محلًا للبيع.

فإن قيل: الكلب يُمسك للانتفاع بمنافعه لا لعينه كالآدمي فإنه ينتفع بمنافعه إجارة وغيرها، ولا يدل على أن عينه مال.

قلنا: الانتفاع بمنفعة الكلب يقع تبعًا لملك العين لا قصدًا في المنفعة؛ ألا ترى أنه يُورث، والمنفعة وحدها لا تُورث، فيجري مجرى الانتفاع بمنافع العبد والأمة والثوب [٢/ ١٥٠/أ] ولا يقال شعر الخنزير ينتفعُ به للخرز، ولا يجوز بيعه؛ لأنا نقول: الخنزير محرَّم العين شرعًا لا يُباح إمساكه لمنفعة بوجه فتثبت الحرمة في كل جزءٍ منه وسقطت القيمة، ثم الإباحة لضرورة الخرز لا يدل على رفع الحرمة عن أصله فيما عداه الضرورة، كإباحة لحمه حال الضرورة لا يدل على صحة تموله وجواز بيعه، فأما الكلب فما ثبت فيه تحريم مطلق، وإباحة للضرورة ليبقى ما وراءها على التحريم. كذا في الأسرار.

والحديث محمولٌ على الابتداء، فإنه رُوي عن إبراهيم أنه قال: روي أن رسول الله ﷺ «**رخَّصَ في ثَمنِ كَلبِ الصّيدِ**» [فبذكر الرخصة تبيّن انتساخ ما رووا، وهذا لأنهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب][(١)] وكانت الكلاب تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها، فشق ذلك عليهم، فأمر بقتلها ونهوا عن بيعها تحقيقًا للزجر عن العادة المألوفة، ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعًا به من الكلاب.

ويجوز تملكها بالهبة والوصية فيجوز تملكها بالعوض أيضًا، وبهذا تبين

= وقال أيضًا: قال البخاري وهذا حديث لم يتابع عليه. قال البيهقي: والصحيح عن عبد الله بن عمرو خلاف هذا.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

....

أنها ليست بنجس العين، فإن الانتفاع بما هو نجس العين لا يحلّ في حالة الاختيار كالخنزير والخمر ولا يجوز تمليكه قصدًا بالهبة والوصية. كذا ذكره في كتاب الصيد من المبسوط[(١)].

ولا يقال: التحريم متأخر نقله؛ لأن ذلك فيما لم يُعرف تقديمه وهاهنا قد دلَّ الدليل على تقديمه كما ذكرنا فيحرُم التناول.

في الإيضاح: فأما نجاسة العين في ذاته إن سَلِم له فتأثيرها في تحريم التناول ووجوب الاجتناب عنه حسًّا صونًا لنفسه وثيابه عن النجاسة، أما في حق جواز الانتفاع بها اصطيادًا أو حراسة فلا.

وفي جامع قاضي خان: وهذا مثل السرقين عندنا[(٢)] فإنه يجوز بيعه؛ لانتفاع الناس به من غير نكير، وعند الشافعي[(٣)] لا يجوز لنجاسة عينه كالعذرة، وقلنا: العذرة لا يُنتفع بها إلا إذا اختلط بالتراب فحينئذٍ يجوز بيعها تبعًا.

وذكر القدوري[(٤)] يجوز بيع كل ذي ناب وذي مخلب إلا الخنزير. كذا في الذخيرة والمحيط.

وعند الشافعي ما لا نفع فيه في الحال من الحيوانات ويرجى نفعه في الثاني، كالفهد الذي إذا علم والفيل الذي تأنس حمل وقاتل؛ ففي جواز بيعه في الحال وجهان: **أحدهما**: لا يجوز، **والثاني**: يجوز. كذا في الحلية[(٥)].

وفي شرح الوجيز: اعلم أن الحيوانات الظاهرة نوعان: ما ينتفع به فيجوز بيعه كالنَّعَم والبغال والحمير، ومن الصيود كالظباء والغزلان، ومن الجوارح كالصقور والَبزاة[(٦)] والفهود، ومن الطيور كالحمام والعصفور والعقاب والزرزور ويجوز بيع الفيل والهرة والقرد.

وما لا يُنتفع به لا يجوز بيعه كالخنافس والعقارب وكالفأرة والنمل ونحوها ولا ينظر إلى منافعها المعدودة، فإن تلك المنافع لا يلحقها بما في العادة.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١١/ ٢٣٥). (٢) المبسوط للسرخسي (١٥/ ٢٤).
(٣) انظر: نهاية المطلب للجويني (٥/ ٤٩٦).
(٤) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ٢٠)، بدائع الصنائع (٥/ ١٤٢)، المحيط البرهاني (٦/ ٣٤٧).
(٥) حلية العلماء في مذهب الفقهاء (٣/ ٣٩٦).
(٦) هي البازي التي تصيد كالشاهين والصقر والعقاب. انظر: مختار الصحاح (١/ ٣٤).

فَكَانَ مَا لَا يَجُوزُ بَيعُهُ، بِخِلَافِ الهَوَامِّ المُؤذِيَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنتَفَعُ بِهَا، وَالحَدِيثُ مَحمُولٌ عَلَى الِابتِدَاءِ، قَلعًا لَهُم عَنِ الِاقتِنَاءِ، وَلَا نُسَلِّمُ نَجَاسَةَ العَينِ، وَلَو سُلِّمَ فَيَحرُمُ التَّنَاوُلُ دُونَ البَيعِ. وَقَالَ: (وَلَا يَجُوزُ بَيعُ الخَمرِ وَالخِنزِيرِ) لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِنَّ الَّذِي حَرَّمَ شُربَهَا حَرَّمَ بَيعَهَا وَأَكلَ ثَمَنِهَا» وَلِأَنَّهُ لَيسَ بِمَال فِي حَقِّنَا،

وفي معناها السِّباع التي لا تصلح للاصطياد والقتال عليها كالأسد والذئب والنمر، ولا يُنظر إلى اقتناء الملوك لها للهيبة والسياسة فإنها ليست من المنافع المعتبرة[١].

وعندنا يجوز بيع ما يحلّ الانتفاع به وما يجوز الانتفاع بجلده أو عظمه، وفي بيع القرد روايتان، وذكر شيخ الإسلام يجوز بيع الهرة ولا بأس في ثمنها، ولا يجوز بيع هوام الأرض وما في البحر كالأسودين والضفدع إلا السمك. كذا في المبسوط[٢].

وفي النوازل: يجوز بيع الحيتان إذا كان ينتفع بها في الأدوية، وإن لم يُنتفع به لا يجوز.

وفي الإيضاح: في القرد روايتان.

وجه عدم الجواز: أنه في الغالب يجوز بيعه للتلهي، وهذه جهة محظورة فلا يجوز بيعه[٣]، وجه الانتفاع به: أنه أمكن الانتفاع بجلده وبيع الدهن النجس للانتفاع[٤] عندنا[٥]، وعند الشافعي لا يجوز[٦]؛ لأنه مائعٌ نجس كالدم، والاستصباح به يجوز بالإجماع[٧].

(ولأنه) أي: كل واحد من الخمر والخنزير **(ليس بمال)** أي: بمال متقوّم.

وفي المبسوط: قال ﷺ: «**لَعَنَ اللهُ فِي الخَمرِ عَشْرًا**»، وذكر من جملتها

---

(١) انظر: فتح العزيز بشرح الوجيز (٨/ ١١٨).
(٢) المبسوط للسرخسي (١١/ ٢٥٥).
(٣) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ١٤٣).
(٤) في النسخة الثانية: (يجوز).
(٥) انظر: المبسوط للسرخسي (١٥/ ٢٤).
(٦) انظر: المجموع (٩/ ٢٣٦).
(٧) انظر: الإجماع لابن عبد البر (ص: ٢٠٢، برقم ٤٥٣)، والتجريد للقدوري (٥/ ٢٦٤٧)، والمبسوط للسرخسي (١/ ٩٥)، والكافي في فقه أهل المدينة (٢/ ٦٧٦)، وبداية المجتهد (٣/ ١٤٧)، والحاوي الكبير (١/ ٧٤)، وبحر المذهب للروياني (٤/ ٢٥١)، والمغني لابن قدامة (٩/ ٤٢٧)، والفروع (٦/ ١٤١).

وَقَد ذَكَرنَاهُ.

قَالَ: (وَأَهلُ الذِّمَّةِ فِي البِيَاعَاتِ كَالمُسلِمِينَ) لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي ذَلِكَ الحَدِيثِ: «فَأَعلِمهُم أَنَّ لَهُم مَا لِلمُسلِمِينَ وَعَلَيهِم مَا عَلَى المُسلِمِينَ» وَلِأَنَّهُم مُكَلَّفُونَ مُحتَاجُونَ كَالمُسلِمِينَ. قَالَ: (إِلَّا فِي الخَمرِ وَالخِنزِيرِ خَاصَّة) فَإِنَّ عَقدَهُم

بائعها[(١)]، وقال ﷺ: **«لَعَنَ اللهُ اليَهُودَ حَرّمَ عَلَيْهِمْ الشّحُومَ فَجَمّلوهَا وَباعُوهَا، وإِنَّ اللهَ تعالَى إِذَا حَرّمَ شيئًا حَرّمَ بَيْعَه وَأَكْلَ ثَمَنَهُ»**[(٢)] وبهذه الآثار تبيّن أن الخمر ليس بمال متقوّم في حق المسلم فلا يجوز بيعها، **(وقد ذكرناه)** أي: في باب البيع الفاسد[(٣)].

قوله: (ولأنهم) أي: أهل الذمة **(مكلفون)** أي: بالإيمان وموجب المعاملات.

وفي المبسوط: ولا يجوز بين أهل الذمة شيء من البيوع: الصرف والسَّلَم وغيرهما إلا ما يجوز [٢/ ١٥٠/ ب] بين أهل الإسلام، وما خلا بيع الخمر والخنزير؛ فإن ذلك يجوز بينهم؛ لأن الخنزير في حقهم كالشاة في حقنا، والخمر كالعصير[(٤)].

ثم لما كانوا مكلفين كانوا محتاجين إلى ما تبقى به أنفسهم كالمسلمين، ولا تبقى الأنفس إلا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى، ولا تحصل هذه

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٢٦ رقم ٣٦٧٤)، وابن ماجه (٢/ ١١٢١ رقم ٣٣٨٠)، وأحمد (٢/ ٢٥) رقم (٤٧٨٧) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.
قال ابن حجر: فيه عبد الرحمن بن عبد الله الغافقي، وصححه ابن السكن. تلخيص الحبير (٤/ ١٩٩).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٠ رقم ٣٤٨٨)، وابن حبان (١١/ ٣١٢ رقم ٤٩٣٨)، وأحمد (١/ ٢٩٣ رقم ٢٦٧٨) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ جَالِسًا عِنْدَ الرُّكْنِ، قَالَ: فَرَفَعَ بَصَرَهُ إِلَى السَّمَاءِ فَضَحِكَ، فَقَالَ: «لَعَنَ اللَّهُ الْيَهُودَ، ثَلَاثًا إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ عَلَيْهِمُ الشُّحُومَ فَبَاعُوهَا وَأَكَلُوا أَثْمَانَهَا، وَإِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ عَلَى قَوْمٍ أَكْلَ شَيْءٍ حَرَّمَ عَلَيْهِمْ ثَمَنَهُ».
والحديث في الصحيحين من وجه آخر دون هذه اللفظة.
فقد أخرجه البخاري (٣/ ٨٢ رقم ٢٢٢٣)، ومسلم (٣/ ١٢٠٧ رقم ١٥٨٢) عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: بَلَغَ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ أَنَّ فُلَانًا بَاعَ خَمْرًا، فَقَالَ: قَاتَلَ اللَّهُ فُلَانًا، أَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «قَاتَلَ اللَّهُ اليَهُودَ حُرِّمَتْ عَلَيْهِمُ الشُّحُومُ فَجَمَلُوهَا فَبَاعُوهَا».

(٣) المبسوط للسرخسي (١٤/ ٢٣).

(٤) المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٣٧).

عَلَى الخَمرِ كَعَقدِ المُسلِمِ عَلَى العَصِيرِ، وَعَقدُهُم عَلَى الخِنزِيرِ كَعَقدِ المُسلِمِ عَلَى الشَّاةِ؛ لِأَنَّهَا أَموَالٌ فِي اعتِقَادِهِم، وَنَحنُ أُمِرنَا بِأَن نَترُكَهُم وَمَا يَعتَقِدُونَ. دَلَّ عَلَيهِ قَولُ عُمَرَ: وَلُّوهُم بَيعَهَا وَخُذُوا العُشرَ مِن أَثمَانِهَا.

قَالَ: (وَمَن قَالَ لِغَيرِهِ: ....

الأشياء إلا بمباشرة الأسباب المشروعة، ومن تلك الأسباب البيع، فيجب أن يكون البيع مشروعًا في حقهم؛ ليتمكنوا في تبقية أنفسهم.

(وَلُّوهم) الخطاب للعمال؛ أي: اجعلوهم ولاة **(بيعها)** والتولية أن يجعله واليًا، روي أن عمر لما بلغه أن المسلمين بالشام يأخذون الخمر والخنزير في الجزية والعشر [كتب إلى عماله: ولوهم بيعها، وخذوا العشر][(١)] من ثمنها.

قوله: (ومن قال لغيره) إلى آخره، صورة المسألة ما ذكره الإمام المرغيناني والكاساني: هي أن يطلب رجل من آخر شراء عبده بألف، وهو لا يبيعه إلا بألف وخمسمائة، والمشتري لا يرغب فيه إلا بالألف، فيجيء آخر ويقول لصاحب العبد: بع عبدك منه بألف على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فيقولُ: بعت، فيكون قوله: بعت جوابًا للكل ولو لم يوجد إباء ولا مساومة، وقد حصل إيجاب العبد بألف عقيب ضمان الرجل؛ كان كذلك استحسانًا، أما ضمانه بعد الإباء والمساومة يصح قياسًا واستحسانًا.

وذكر فخر الإسلام أصل ذلك [أن أصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله، فأما فضول الثمن فيُستغنى عن ذلك][(٢)] ويجوز أن يقابله تسمية المال لا حقيقة؛ ألا ترى أن من باع عبدًا بألفين وقيمته ألف أن الألف الزائد لا يقابله مال إلا تسمية، فصار الفضول في ذلك بمنزلة بدل الخلع، وقد شرط بدل الخلع على غير العاقد؛ أعني: على غير المرأة، وكذلك هاهنا، وإن لم يكن من الثمن لم توجد صورة المقابلة ولا معناها فلا يصح شرطه على الغير.

وذكر التمرتاشي: ولو لم يُقلْ من الثمن جاز البيع للمشتري بألف حتى [لو][(٣)] أدى الألف له قبض العبد، وليس للبائع أن يحبسه لأجل الخمسمائة،

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

....

ولو أراد المشتري أن يبيعه مرابحة يبيعه بألف، وللشفيع أن يأخذ المبيع بالألف إن كان دارًا، ولو تقايلا البيع فللمشتري أن يستردّ الخمسمائة من البائع.

وفي قياس أبي يوسف: ينبغي ألا يسترد؛ لأن الإقالة بيع جديد، ولو ردَّه بعيب بقضاء أو بغير قضاء يسترد، ولو ضمن الأجنبي بأمر المشتري والمسألة بحالها فالزيادة واجبةٌ في حق المشتري؛ فللبائع أن يحبسه حتى يحصل إليه خمسمائة؛ لأنه صار كالمشتري اشتراه بألف وخمسمائة، وله أن يبيعه مرابحة وللشفيع أخذه بذلك، ولو ردَّ بعيب أو تقايلا فالبائع يرد الألف على المشتري والزيادة على الضمين.

وذكر الإمام السرخسي الفرق بين المسألتين من وجهين فقال في المسألة الأولى: ضمن الأجنبي وصيَّر نفسه زعيمًا حيث قال من الثمن، [فيجب عليه، بخلاف الثانية][(١)] لأن هناك رشاة على البيع بما سمى من المال، والرشوة حرام، لا يلتزم بالضمان، وفي الصورة الأولى جعل الخمسمائة مستحقًّا للبائع بالبيع بقوله: من الثمن، وذلك جائز.

وفي الصورة الثانية جعل الخمسمائة للبائع على نفسه بالتزام ابتداء لا بالبيع، وذلك رشوة التزمها ليحصل المقصود، أو لأنه قال من الثمن فقد صار مضيفًا الالتزام إلى ما بعد البيع؛ لأن وجوب الثمن يكون بعد البيع، وإذا لم يقل من الثمن؛ كان التزامًا منه بشرط أن يبيعه منه بألف وذلك غير صحيح.

فإن قيل: كيف يجبُ عليه شيء من الثمن بالبيع ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه.

قلنا: التزام الثمن بالبيع مضمون لا يكون إلا ممن يدخل البيع في ملكه، فأما بيعًا فيكون من غير المشتري؛ ولهذا جوَّزنا من المشتري الزيادة في الثمن مع أنه لا يملك شيئًا بمقابلة هذه الزيادة؛ إذِ المبيع صار مملوكًا له كله بالثمن الأول، ولكن هذه الزيادة تثبت تبعًا.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

....

فإن قيل: لو ثبتت هذه الزيادة ثمنًا لتوجهت مطالبتها على المشتري، ثم الضامن يكون متحمّلًا عنه وبالاتفاق لا يطالب المُشتري[١].

قلنا: لا يطالب؛ لأنه لا يلتزمها وإنما يطالب بها من التزمها؛ لأن ثبوت الحكم بحسب السبب، وهو كالرجل يقول لفلان: على فلان ألف وأنا به كفيل، وأنكر الأصيل ذلك فإن الكفيل يصير مطالبًا بالألف، والأصيل لا؛ لهذا المعنى، وذكر في الفوائد الظهيرية هذا السؤال والجواب بوجهٍ آخر فقال:

فإن قيل: يجب ألا تصح الزيادة من الأجنبي؛ لأن أصل الثمن لا يجوز أن يجب عليه في [٢/ ١٥١/ أ] المبيع لغيره فكذلك الزيادة.

قلنا: ذكر الجصّاص عن الكرخي أنه أورد هذا السؤال ومنع وقال: يجوز أن يكون أصل الثمن على الأجنبي والمثمن لغيره كما تجوز الزيادة في الثمن من الأجنبي وما بإزائها لغيره، وقال: ما يُعرف في هذا رواية منصوصٌ عليها من أصحابنا بخلاف ما قلنا فساغ لنا المنع، فعلى هذا لا يحتاج إلى الفرق.

ثم قال الجصّاص: هذا المنع مما يتعذّر؛ وذلك لأن عن أصحابنا رواية في هذا، فإن محمدًا ذكر في كتاب الصرف وغيره أن من اشترى شيئًا بدين له على غيره لا يصحّ هذا عند علمائنا الثلاثة؛ لأنه اشترى بشرط أن يكون تسليم الثمن على الغير والمثمن لغيره، وإذا كان شرط تسليم الثمن على الغير باطلًا؛ فلأن يبطل الشراء بشرط وجوب الثمن وتسليمه على غير المشتري كان أولى.

وإذا كان كذلك لم يكن بدّ من الفرق، والفرق أن القياس يأبى جواز الزيادة من الأجنبي؛ لأنها بدل مال معاوضة من غير أن يحصل ما بإزائه عوض، وذلك لا يجوزُ اعتبارًا بأصل الثمن إلا أنا تركنا القياس بالنص الوارد بجواز قضاء الدَّين من الأجنبي شرعًا، وهو حديث أبي قتادة حين «**امتَنَعَ النَّبيّ ﷺ عَن الصّلاةِ عَلَى رَجلٍ من الأنْصار لمَكانِ دْينٍ عَليهِ**»، قال أبو قتادة: هو عليَّ وإليَّ وفي مالي يا رسول الله، وجوّز ذلك منه حتى صلى على الميت[٢]، وذلك

(١) انظر: الإجماع لابن عبد البر (ص: ٢٠٠، برقم ٤٥٤).
(٢) أخرجه البخاري (٣/ ٩٤ رقم ٢٢٨٩) من حديث سلمة بن الأكوع ﷺ.

بِع عَبدَك مِن فُلَان بِألفِ دِرهَم عَلَى أَنِّي ضَامِنٌ لَك خمسَمِائَة مِن الثَّمَنِ سِوَى الألفِ، فَفعَلَ، فَهُوَ جَائِزٌ، وَيَأخُذُ الألفَ مِن المُشتَرِي وَالخَمسَمِائَةِ مِن الضَّامِنِ، وَإِن كَانَ لَم يَقُل مِن الثَّمَنِ جَازَ البَيعُ بِألف وَلَا شَيءَ عَلَى الضَّمِينِ) وَأصلُهُ: أَنَّ الزِّيَادَةَ فِي الثَّمَنِ وَالمُثَمَّنِ جَائِزٌ عِندَنَا، وَتُلحَقُ بِأصلِ العَقدِ، خِلَافًا لِزُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ، لِأَنَّهُ تَغيِيرٌ لِلعَقدِ مِن وَصف مَشرُوع، إِلَى وَصف مَشرُوع، وَهُوَ كَونُهُ عَدلًا أَو خَاسِرًا أَو رَابِحًا، ثُمَّ قَد لَا يَستَفِيدُ المُشتَرِي بِهَا شَيئًا بِأَن زَادَ فِي الثَّمَنِ وَهُوَ يُسَاوِي المَبِيع بِدُونِهَا، فَيَصِحُّ اشتِرَاطُهَا عَلَى الأَجنَبِيِّ كَبَدَلِ الخُلع، لَكِن مِن شَرطِهَا المُقَابَلَةُ تَسمِيَة وَصُورَة، فَإِذَا قَالَ: مِن الثَّمَنِ، وُجِدَ شَرطُهَا فَيَصِحُّ، وَإِذَا لَم يَقُل لَم يُوجَد فَلَم يَصِحَّ.

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى جَارِيَة وَلَم يَقبِضهَا حَتَّى زَوَّجَهَا فَوَطِئَهَا الزَّوجُ: فَالنِّكَاحُ جَائِزٌ) لِوُجُودِ سَبَبِ الوِلَايَةِ، وَهُوَ المِلكُ فِي الرَّقَبَةِ عَلَى الكَمَالِ وَعَلَيهِ المَهرُ. ......

القضاء منه بذلك المال عوضًا عن دينه من غير أن يجعل له عوض بإزائه، والزيادة في الثمن من الأجنبي في معناه فلحق به دلالة.

قال شيخي العلامة صاحب النهاية: لكن الأولى ما قاله العلماء؛ لأنا لو استدللنا في جواز التزام الزيادة من الأجنبي بهذا الحديث ينبغي أن يجوز من الأجنبي التزام أصل الثمن أيضًا إذ حُكمُ الحديث لا يُفرّق بينهما، وبالاتفاق لا يجوز التزام أصل الثمن من الأجنبي، ولأن حكم الحديث كان بعد الوجوب، والتزام الزيادة من الأجنبي وقت المعاقدة قبل وجوب أصل الثمن على المشتري، فعلم أن بينهما فرقًا.

وقوله: (لأنه دليلنا) وجه قول زفر والشافعي في القياس، وقد مرَّ في فصل بيع المنقول قبل القبض.

وقوله: **(من شرطها المقابلة)** تسمية جائزة إشارة إلى ما ذكر العلماء من الفرق.

قوله: **(لوجود سبب الولاية)** أي: ولاية التزويج، وقيّد الملك في الرقبة على الكمال؛ لأن ولاية التزويج تثبت بملك الرقبة كاملًا، حتى لو ملك نصفها لا يملك التزويج.

(وَهَذَا قَبضٌ) لِأَنَّ وَطءَ الزَّوجِ حَصَلَ بِتَسلِيطٍ مِن جِهَتِهِ فَصَارَ فِعلُهُ كَفِعلِهِ (وإن لَم يَطَأهَا فَلَيسَ بِقَبضٍ) وَالقِيَاسُ: أَن يَصِيرَ قَابِضًا؛ لِأَنَّهُ تَعيِيبٌ حُكمِيٌّ فَيُعتَبَرُ بِالتَّعيِيبِ الحَقِيقِيِّ.

فإن قيل: ملك الرقبة سبب ولاية التزويج، فكذلك سبب ولاية التّصرُّف أيضًا، فلِم لا يَجوز البيع قبل القبض كما قال مالك؟ فإن عنده يجوز جميع التصرفات قبل القبض، وعندنا والشافعي وأحمد لا يجوز البيع، ويجوز التزويج والعَتقْ، ولو قيل: بالحديث على خلاف القياس، قيل: فما الحكم في تخصيص البيع دون سائر التصرفات؟

قلنا: إن البيع دون سائر التصرفات يبطل بالغرر؛ لاحتمال انفساخه بالهلاك قبل القبض، والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه قبل القبض وبعده، ولأن القدرة على التسليم شرطٌ في البيع وذلك إنما يكون بالقبض، وهي ليس بشرط في النكاح؛ ألا ترى أنه لا يجوز بيع الآبق، ونكاح الآبقة يجوز.

وذكر الصدر الشهيد في فتاوى الأكبر: جاز نكاحها قبل القبض إن تم البيع، وإن انتقض بطل النكاح في قول أبي يوسف، خلافًا لمحمد، والمختار قولِ أبي يوسف؛ لأن البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الأصل فصار كأن لم يكن، فصار النكاح باطلًا، فعلى ما اختاره إنما يصير المشترى بعيب يبقى على تقدير الرد.

وذكر القاضي الإمام الزرنكري: لو ماتت الجارية، قيل: لا يبطل النكاح وإن بطل البيع، ومتى لم يطأها حتى مات يجب المهر للمشتري.

(وهذا) أي: وطء الزوج **(قبض)** وعند الشافعي(١) [ومالك(٢)](٣) وأحمد لا يصيرُ قبضًا؛ لأن الوطء لا يمنع الرد بالعيب فلا يكون تعييبًا.

(من جهته) أي: من جهة المشتري.

(أن يصير) أي: المشتري **(قابضًا)** [أي: بنفس التزويج، وهو رواية عن أبي يوسف، حتى إذا هلكت بعد ذلك تكون من مال المشتري](٤)؛ لأن التزويج

---

(١) انظر: نهاية المطلب (١٩/ ٢٢٠).
(٢) انظر: الجامع لمسائل المدونة (١٠/ ٩٨٠).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَجهُ الِاستِحسَانِ: أَنَّ فِي الحَقِيقِيِّ استِيلَاء عَلَى المَحَلِّ، وَبِهِ يَصِيرُ قَابِضًا، وَلَا كَذَلِكَ الحُكمِيُّ فَافتَرَقَا.

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى عَبدا فَغَابَ ولم يَنقُد الثمنَ، والعبدُ في يدِ البائع، ....

عيبٌ فيها، حتى لو وجدها ذات زوج له أن يردّها، فالمشتري إذا عَيّبَ المعقود عليه حُكمًا بالإعتاق والتدبير يصير قابضًا، فكذا بالتزويج؛ لأنه تعييب حكمي.

[وعند الشافعي: الوطء لما لم يكن تعييبا فالتزويج أولى. وعندنا التزويج تعييب حكميّ][1] لكن لا يصير به قابضًا؛ لأن بالتعييب الحقيقي، بأن فقأ عينها أو قطع عضوها يصير مستوليًا على المحل فيصير قابضًا، فكذا الوطء استيلاء على المحل بالفعل الحسيّ، فيصيرُ [٢/ ١٥١/ب] به قابضًا، **(ولا كذلك الحكمي)** وهو التزويج.

وفي المبسوط: التزويج عيبٌ من طريق الحكم على معنى أنه نقل رغبات الناس فهابه وينتقض لأجله الثمن وهو في معنى نقصان السعر والتزويج لما كان عيبًا كان نظير الإقرار عليه بالدين والمشتري لو أقرَّ عليها بدين لا يصير قابضًا لها بخلاف التعيب الحسي، فكذلك باعتبار فعل يتصل من المشتري بعينها وهو إتلاف الجزء من عينها.

فإن قيل: يشكل هذا بالإعتاق والتدبير، فإنهما ليسا باستيلاء على المحل بالفعل الحسيّ، مع أنه يصير قابضًا بهما بإجماع العلماء.

قلنا: هما إتلاف من وجه فإن[2] الإعتاق إنهاء للملك فيها وإتلاف للمالية؛ ولهذا يثبت الولاء، فمن ضرورته أن يصير قابضًا، وهذا استيلاء على المحل غاية الكمال فوق القبض، وكذا التدبير في استحقاق الولاء وثبوت حق الجزية. كذا في المبسوط.

قوله: (ومن اشترى عبدًا فغاب) أي: المشتري قبل القبض وقبل نقد الثمن، وإنما وضع المسألة في العبد لا في الدار؛ لأن في الدار لا يتعرض

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) المبسوط للسرخسي (١٣/ ١٧٨).

فَأَقَامَ البَائِعُ البَيِّنَةَ أَنَّهُ بَاعَهَا إِيَّاهُ ولم يقبض الثمنَ، فَإِن كَانَت غَيبَتُهُ مَعرُوفَة لَم يُبَع فِي دَينِ البَائِعِ) لِأَنَّهُ يُمكِنُ إِيصَالُ البَائِعِ إِلَى حَقِّهِ بِدُونِ البَيعِ، وَفِيهِ إِبطَالُ حَقِّ المُشتَرِي

القاضي لذلك ولا يتبعه، فإن القياس لا يجوز في العبد، إلا أنه جوز في العبد استحسانًا؛ لتسقط النفقة عن البائع ولا يحتاج إلى النفقة في الدار. كذا ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده.

وذكر التمرتاشي وضع المسألة في المنقول؛ لأن القاضي لا يبيع العقار على الغائب.

(فأقام البائع البينة) يعني: أقرّ أنه باع هذا العبد من ذلك المشتري فأقام البيّنة على ذلك، وإنما ذكر إقامة البيّنة لنفي التهمة فإن البائع لو طلب من القاضي أن يَبيعه لثمنه وقصَّ عليه القصة فالقاضي لا يجيبه.

فإن قيل: كيف يقبل البيّنة من غير خصم ينكر؛ لأن من شرط قبول البيّنة إنكار خصم حاضر؟

قلنا: قبول البيّنة لكشف الحال، أو لأنه يدَّعي ثبوت ولاية النظر للقاضي في هذا المال بسبب غيبة صاحبه، فالقاضي ناظرٌ لكل من عجز عن النظر لنفسه، والحاجة إلى النظر هاهنا ماسّة لهما جميعًا، أما للمشتري؛ فلأن العبد ملكه وهو محتاج إلى البينة، وأما للبائع؛ فلأنه يعرض للهلاك في يده، وبهلاكه يسقط حقه؛ فلهذا قُبلت البيّنة.

وحاصله أن حكم القاضي هذا حكم بإقرار المقر في الحقيقة، وإنما اشترط مع ذلك إقامة البيّنة لإظهار الأمر على القاضي ونفي التهمة لا لإثبات الملك للغائب والدين عليه، وإنكار الخصم إنما يَشترط لقبول البيّنة أن لو كان المدَّعي يدعي إثبات الحق على المدعى عليه، والقاضي يقضي بموجب البيّنة، أما هاهنا فالقاضي يقضي بموجب إقرار المقر بما في يده فلا يحتاج بذلك إلى الإنكار؛ وهذا لأن العبد في يد البائع، والقول قول الإنسان فيما في يده؛ ألا ترى أنه لو ادَّعى أنه ملكه كان القول قوله، فإذا أقر بالبيع فقد أقر للغائب بالملك على وجه يكون مشغولًا بحقه؛ لأن للثمن تعلقًا بالمبيع فيعتبر إقراره، واشترط البينة لنفي التهمة. كذا ذكره الإمام السرخسي والإمام قاضي خان في جامعه.

(وَإِن لَم يَدرِ أَينَ هُوَ بِيعَ العَبدُ وَأَوفَى الثَّمَنُ) لِأَنَّ مِلكَ المُشتَرِي ظَهَرَ بِإِقرَارِهِ فَيَظهَرُ عَلَى الوَجهِ الَّذِي أَقَرَّ بِهِ مَشغُولًا بِحَقِّهِ، وَإِذَا تَعَذَّرَ استِيفَاؤُهُ مِن المُشتَرِي يَبِيعُهُ القَاضِي فِيهِ، كَالرَّاهِنِ إِذَا مَاتَ، وَالمُشتَرِي إِذَا مَاتَ مُفلِسًا ....

وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده: القياس ألا تسمع بيّنته؛ لأنه يقيم على إثبات حق على الغائب، [وليس عن الغائب خصم حاضر، لا قصدي ولا حكمي، فهذا كمن أقام بينة على إثبات حق على الغائب][١] ولم يعرف مكانه فإنه لا يُقبل، وإن كان لا يصل إلى حقه.

وفي الاستحسان: يُقبل لأن البائع عجز عن الوصول إلى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع؛ لأنه ملك غيره واحتاج إلى أن ينفق عليه ما لم يحضر المشتري، وربما تُرْبي النفقة على الثمن متى انتظر القاضي حضور المشتري فيؤدي إلى إبطال حقه، والقاضي ناظرٌ لإحياء حقوق الناس، فكان للقاضي أن يقبلها لتدفع البلية بخلاف ما لو ادَّعى حقًا على الغائب لينزع شيئًا من يده فإن القاضي لا يقبلها؛ إذْ ليس فيه خصم، إلا أنا تركنا القياس بإجماع بيننا وبين الشافعي، والإجماع في هذا لتندفع البلية عن البائع، وليس فيه إزالة يد الغائب عما في يده [لأن حق][٢] البائع يستوفى مما يده فلا يكون واردًا على انتزاع مال في يد الغائب، وفيه إزالة ملك البائع، ويدعي إيفاء حقه عما في يده.

(يبيعه) أي: العبد **(القاضي فيه)** أي: في استيفاء حقه.

فإن قيل: في البَيْع يلزم بيع المنقول قبل القبض، وذا لا يجوز بالإجماع والقضاء على الغائب أيضًا.

قلنا: فمن مشايخنا من قال: ينصب القاضي من يقبض العبد للمشتري ثم يبيعه؛ لأن بيع القاضي كبيع المشتري، وبيع المشتري لا يجوز قبل القبض، فكذا بيع القاضي، ولكن فيه نظر؛ لأن المشتري ليس له [٢/١٥٢/أ] أن يقبض قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكيلًا عنه.

وقيل: لا ينصب وكيلًا ليقبضه للمشتري؛ لأن البيع هنا ليس بمقصودٍ وإنما

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَالمَبِيعُ لَم يُقبَض، بِخِلَافِ مَا بعدَ القَبضِ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ لَم يبقَ مُتَعَلِّقًا بِهِ، ثُمَّ إن فَضَلَ شَيءٌ يُمسَكُ لِلمُشتَرِي؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ حَقِّهِ وَإِن نَقَصَ يَتبَعُ هُوَ أيضا. قَالَ: (فَإِن كَانَ المُشتَرِي اثنَينِ فَغَابَ أَحَدُهُمَا فَلِلحَاضِرِ أَن يَدفَعَ الثَّمَنَ كُلَّهُ وَيَقبِضَهُ، وَإِذَا حَضَرَ

المقصود النظر للبائع إحياء لحقه، والبيع يحصل في ضمن النظر، ويجوز أن يثبت الشيء ضمنًا ولا يثبت قصدًا. كذا في الفوائد الظهيرية.

وإنما ذكرنا أن هذا ليس بقضاء على الغائب؛ بل هو اعتبار صاحب اليد فيما في يده، والقضاء على الغائب إنما لا يجوز إذا وقع مقصودًا، فأما لو وقع ضمنًا لمقصود سواه فيجوز.

قوله: **(والمبيع لم يقبض)**، وذلك لأن البائع أحق بمالية العبد إذا كان قبل القبض، فإن له أن يحبسه حتى يستوفي الثمن، فلو مات المشتري في هذه الحالة كان البائع أحق بماليته من سائر الغرماء، كالمرتهن إذا مات الراهن فإنه أحق من سائر الغرماء، والمبيع قبل القبض في يد البائع سلمه إليه وقبضه، والمسألة بحالها لا تقبل بينة البائع؛ لأن حقه هناك في الثمن غير متعلق بمالية العبد، بل هو دين في ذمة المشتري، والبيّنة لإثبات الدَّين على الغائب غير مقبولة عندنا، فلا يتمكن القاضي من قضاء الدين من مال الغائب قبل ثبوت الدين، وإثباته بالبينة إنما يكون عند حضور الخصم. إليه أشار الإمام السرخسي.

(لأن حقه) أي: حق البائع **(لم يتعلق به)** أي: بالعبد، بل صار دينًا في ذمة المشتري.

(يتبع هو) أي: المشتري **(أيضًا)** حتى يرجع البائع بالنقصان إذا ظفر به.

قوله: **(فللحاضر)** إلى آخره، اتفقوا على أنهما لو كانا حاضرَين وأراد أحدهما أن ينقد حِصَّته من الثمن ليقبض نصيبه ليس له ذلك، فالخلاف في موضعين: **أحدهما**: في قبض جميع العبد، **والثاني**: في احتباس نصيب الغائب عنه إذا حضر.

وذكر التمرتاشي فالحاضر لا يملك قبض نصيبه إلا بنقد جميع الثمن، فلو نقد اختلفوا في مواضع:

الآخَرُ لَم يَأْخُذ نَصِيبَهُ حَتَّى يَنقُدَ شَرِيكُهُ الثَّمَنَ كُلَّهُ، وَهُوَ قَولُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد، وَقَالَ أَبُو يُوسُف: إِذَا دَفَعَ الحَاضِرُ الثَّمَنَ كُلَّهُ لَم يَقبِض إِلَّا نَصِيبَهُ، وَكَانَ مُتَطَوِّعًا بِمَا أَدَّى عَن صَاحِبِهِ(*) لِأَنَّهُ قَضَى دَينَ غَيرِهِ بِغَيرِ أَمرِهِ فَلَا يَرجِعُ عَلَيهِ وَهُوَ أَجنَبِيٌّ عَن نَصِيبِ صَاحِبِهِ فَلَا يَقبِضُهُ.

وَلَهُمَا: أَنَّهُ مُضطَرٌّ فِيهِ، لِأَنَّهُ لَا يُمكِنُهُ الانتِفَاعُ بِنَصِيبِهِ إِلَّا بِأَدَاءِ جَمِيعِ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّ البَيعَ صَفقَةٌ وَاحِدَةٌ، وَلَهُ: حَقُّ الحَبسِ مَا بَقِيَ شَيءٌ مِنهُ، وَالمُضطَرُّ يَرجِعُ ......

أحدها: هل يُجبر الحاضر على قبول نصيب الغائب؟ عند أبي يوسف لا يُجبر، وعندهما يجبر.

والثاني: هل يُجبر البائع على تسليم نصيب الغائب إلى الحاضر؟ عنده لا يجبر، وعندهما يجبر ويقبض نصيبه بطريق المهايأة عنده أيضًا.

(لهما أنه) أي: الحاضر **(مضطر فيه)** أي: في أداء جميع الثمن **(وله)** أي: للمانع **(حق الحبس)** أي: حبس المبيع.

فإن قيل: لو كان التعليل بالاضطرار معلولًا عليه لما تفاوت الحكم بين أن يكون الشريك حاضرًا أو غائبًا كما في صاحب العلو، فإنه يبني السفل ليبني عليه علوه فإنه لا يكون متبرعًا ببناء السفل سواء كان صاحب السفل حاضرًا أو غائبًا، وهاهنا لو كانا حاضرين فأراد أحدهما نقد الثمن وقبض نصيبه؛ ليس له ذلك بالإجماع، ولو نقد نصيبه كان متبرعًا فيما نقد بالإجماع.

قلنا: الملك للغائب إنما يثبت في نصيبه باعتبار قبول الحاضر؛ لأن من خاطب الاثنين بالبيع فقبل أحدُهما دون الآخر لم يملك شيئًا منه، وإذا ثبت أن الملك له باعتبار قبول الحاضر؛ فإن الحاضر بمنزلة الوكيل عنه بالشراء، فإذا نقد الثمن تمكن من قبض المبيع، وثبت له الرجوع على صاحبه بنصيبه إلا أنه وكيلٌ من وجه دون وجه؛ لأنه لا يكون مطالبًا بنصيب صاحبه من بعد قبوله، فمن هذا الوجه يكون كالمتبرع؛ فلشبهه بالتبرع.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

كَمُعِيرِ الرَّهنِ، وَإِذَا كَانَ لَهُ أَن يَرجِعَ عَلَيهِ كَانَ لَهُ حَقُّ الحَبسِ عَنهُ إِلَى أَن يَستَوفِيَ حَقَّهُ، كَالوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ إِذَا قَضَى الثَّمَنَ مِن مَالِ نَفسِهِ.

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى جَارِيَة بِأَلفِ مِثقَالِ ذَهَب وَفِضَّة فَهُمَا نِصفَانِ) لِأَنَّهُ أَضَافَ

قلنا: إذا كان صاحبه حاضرًا لا يرجع عليه ولشبهه بالوكيل قلنا: إذا كان صاحبه غائبًا يرجع عليه بما أدَّى عنه؛ لأن في حال حضرته غير مضطر إلى إبقاء جميع الثمن؛ لأنه يمكنه أن يخاصمه إلى القاضي حتى ينقد نصيبه من الثمن ليتمكن هو من قبض نصيبه، وفي حال غيبته مضطر إلى ذلك؛ لأنه لا يتوسل إلى قبض نصيبه من العبد إلا بدفع جميع الثمن؛ فإن الصفقة في حق واحد؛ فلهذا جعلناه كالوكيل في هذه الحالة؛ ليقبض جميع العبد إذا نقد جميع الثمن، ثم يرجع على صاحبه بنصيبه ويحبس نصيبه عنه ليستوفي عنه ما ثبت له حق الرجوع به، كما يثبت للوكيل حق حبس المبيع إذا نقد الثمن من مال نفسه. كذا في الجامع الصغير لشمس الأئمة.

وأما صاحب العلو فإنه مضطر إلى أن يتوسل إلى حقه من بناء العلو سواء كان صاحب السفل حاضرًا أو غائبًا؛ لأنه ليس له أن يخاصمه في أن يبني السفل ليبني هو علوه؛ فلذلك افترقا.

فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين ما إذا استأجر الرجلان دارًا فغاب أحدهما قبل نقد الإجارة، فنقد الحاضر الأجر كله فإنه يكون متبرعًا بالإجماع؟

قلنا: إنه غير مضطر في نقد نصيب صاحبه من الأجر من قبل أنه ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الأجر. كذا ذكره التمرتاشي [٢/ ١٥٢/ ب].

(كمعير الرهن) يعني: إذا أعار شيئًا ليرهنه فرهنه المستعير الراهن فغاب أو أفلس، فافتكَّه المعير - يرجع بما أدَّى من الدين على الراهن، وإن كان قضى دينه بغير أمره؛ لأنه مضطر في قضاء الدين؛ إذْ لا يتمكن من الانتفاع بملكه إلا بقضاء الدين، فكذا هاهنا.

قوله: (بألف مثقال ذهب وفضة)، في المبسوط(١): لو باعها بألف مثقالٍ

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٦٣).

المِثقَالَ إِلَيهِمَا عَلَى السَّوَاءِ فَيَجِبُ مِن كُلِّ وَاحِد مِنهُمَا خَمسُمِائَةِ مِثقَال لِعَدَمِ الأَولَوِيَّةِ، وَبِمِثلِهِ: لَو اشتَرَى جَارِيَة بِأَلف مِنَ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ يَجِبُ مِنَ الذَّهَبِ مَثَاقِيلُ وَمِن الفِضَّةِ دَرَاهِمُ وَزنُ سَبعَة، لِأَنَّهُ أَضَافَ الأَلفَ إِلَيهِمَا فَيَنصَرِفُ إِلَى الوَزنِ المَعهُودِ فِي كُلِّ وَاحِد مِنهُمَا.

قَالَ: (وَمَن لَهُ عَلَى آخَرَ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ جِيَاد، فَقَضَاهُ زُيُوفًا وَهُوَ لَا يَعلَمُ، فَأَنفَقَهَا أَو هَلَكَت، فَهُوَ قَضَاءٌ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد، وقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَرُدُّ مِثلَ زُيُوفِهِ وَيَرجِعُ بِدَرَاهِمِهِ)(*) لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الوَصفِ، مَرعِيٌّ كَهُوَ فِي الأَصلِ، ....

ذهب وفضة أو دراهم أو دنانير؛ كان له النصف من كل واحد؛ لأن الواو للعطف، ومطلق العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المعطوف والمعطوف عليه؛ إذْ لا رجحان إلا أنه إن كان ألف مثقالٍ فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل، وخمسمائة درهم وزن سبعة؛ لأنه هو المتعارف في وزن الدراهم فينصرف إليه.

وقال التمرتاشي: لو قال بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان؛ لأنه أضاف العقد إليهما على السواء، ويشترط بيان صفتهما بخلاف الدراهم والدنانير حيث ينصرف إلى الجيد، وكذا لو قال: عليّ مائة مثقال ذهب وفضة؛ فعليه من كل واحد النصف، وكذا هذا في جميع ما يقرّ به من المكيل والموزون والثياب وغيرها قرضًا أو سلمًا أو غصبًا أو وديعة أو بيعًا أو شراءً أو مهرًا أو جعلًا في خلع أو وصية أو كفالة أو غير ذلك، وكذا لو قال: عليّ كُر حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس.

قوله: (وهو لا يعلم) أي: ربّ الدين لا يعلم زيافته.

(كَهُوَ) أي: كحقه (في الأصل) أي: القدر، حتى لو كان دون حقه في القَدْر لم تسقط مطالبته، فكذا إذا كان دون حقه وصفًا فردُّ المقبوض إن كان باقيًا، ومثله إن كان مستهلكًا؛ لأن مثل الشيء يحكى عنه، ويتعذر الرجوع

(*) الراجح قول أبي يوسف.

وَلَا يُمكِنُ رِعَايَتُهُ بِإِيجَابِ ضَمَانِ الوَصفِ، لِأَنَّهُ لَا قِيمَةَ لَهُ عِندَ المُقَابَلَةِ بِجِنسِهِ فَوَجَبَ المَصِيرُ إِلَى مَا قُلنَا. وَلَهُمَا: أَنَّهُ مِن جِنسِ حَقِّهِ. حَتَّى لَو تَجَوَّزَ بِهِ فِيمَا لَا يَجُوزُ الِاستِبدَالُ جَازَ فَيَقَعُ بِهِ الِاستِيفَاءُ وَلَا يَبقَى حَقُّهُ إِلَّا فِي الجَودَةِ، وَلَا يُمكِنُ تَدَارُكُهَا بِإِيجَابِ ضَمَانِهَا لِمَا ذَكَرنَا، وَكَذَا بِإِيجَابِ ضَمَانِ الأَصلِ، لِأَنَّهُ إِيجَابٌ لَهُ عَلَيهِ وَلَا نَظِيرَ لَهُ.

بفضل قيمة الجودة عند المقابلة بجنسها.

وفي جامع قاضي خان: رجع محمد إلى قول أبي يوسف.

(أنه) أي: المؤدَّى، وهو الزيوف **(من جنس حقه)** يجوز أخذه مساهلًا؛ لنقصان حقه به؛ أي: بالمؤدى وهو الزيوف؛ لنقصان حقه به؛ أي: بالمؤدى من الزيوف.

[**(حتى لو تجوز به)**][1] **فيما لا يجوز الاستبدال فيه)** [كما في الصرف والسَّلَم **(جاز)** وإنما عين ذلك الموضع لأنه لو يجوز بالأخذ فيما يجوز الاستبدال فيه][2] لا يكون ذلك دليلًا على كونه من جنس حقه، حتى لو كان له دين على آخر في غير موضع الصرف والسَّلَم؛ جاز له أن يستبدله بالثياب وغيرها، ومعلوم أن الثياب ليس من جنس حقه وفي الصرف والسلم لا يجوز الاستبدال، فلو لم تكن الزيوف من جنس حقه لكان استبدالًا فيهما، وهو لا يجوز.

وفي الفوائد الظهيرية في تعليل قول أبي يوسف: ولا يقال: إن المقبوض ملكه فكيف يُقضى عليه بضمانه؟

ثم قال: لأنا نقول جاز أن يقضى عليه بضمان ما هو ملكه إذا كان فيه فائدة؛ ألا ترى أن كسب المأذون له المديون مضمون على المولى وإن كان ملكًا له، حتى لو اشتراه صح، وكذلك المرهون مضمون على الراهن وإن كان ملكًا له، وهنا في التضمين فائدة، وهي إحياء حقه في صفة الجودة، والفرق لهما بين هذا وبين ما استشهد أن الضمان هنا يجب عليه حقًا له، ولا سبيل إليه، والضمان فيما استشهد يجب عليه للغرماء إلى ذلك سبيل لما ذكرنا، وهو أنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَإِذَا أَفرَخَ طَيرٌ فِي أَرضِ رَجُل، فَهُوَ لِمَن أَخَذَهُ) وَكَذَا إِذَا بَاضَ فِيهَا (وَكَذَا إِذَا تَكسَّر فِيهَا ظَبيٌ) لِأَنَّهُ مُبَاحٌ سَبَقَت يَدُهُ إِلَيهِ، وَلِأَنَّهُ صَيدٌ، وَإِن كَانَ يُؤخَذُ بِغَيرِ حِيلَة، وَالصَّيدُ لِمَن أَخَذَهُ، وَكَذَا البَيضُ؛ لِأَنَّهُ أَصلُ الصَّيدِ، وَلِهَذَا يَجِبُ الجَزَاءُ عَلَى المُحرِمِ بِكَسرِهِ أَو شَيِّهِ، وَصَاحِبُ الأَرضِ لَم يُعِدَّ أَرضَهُ فَصَارَ كَنَصبِ شَبَكَة لِلجَفَافِ، وَكَذَا إِذَا دَخَلَ الصَّيدُ دَاره أَو وَقَعَ مَا نُثِرَ مِن السُّكَّرِ وَالدَّرَاهِمِ فِي ثِيَابِهِ مَا لَم يَكُفَّهُ أَو كَانَ مُستَعِدًّا لَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَسَّلَ النَّحلُ فِي أَرضِهِ، ....

(لأنه) أي: إيجاب الضمان **(إيجاب له)** أي: لأجله عليه **(ولا نظير له)** أي: في الشرع.

وفي النوادر: اشترى دارًا بالجياد، ونقد الزيوف، أخذها الشفيع بالجياد؛ لأنه إنما يأخذ بما اشترى، ولو باعها مرابحة فرأس المال الجياد.

وفي الأجناس: لو اشترى بالجياد، ونقد الزيوف، ثم حلف أنه اشتراها بالجياد، قال أبو حنيفة: لا يحنث، وقال أبو يوسف: يحنث.

قوله: (إذا تكسَّر) وفي بعض الروايات: (تكنس) أي: دخل في كِنَاسِهِ وهو في موضعه، وقيّد بالتّكسُّر؛ لأنه لو كسّره أحدٌ يكون له **(لأنه)** أي: كل واحدٍ من الفرخ والبيض والظبي **(مباحٌ سبقت يده إليه)** فكان أحق به، ولأن الفرخ والبيض صيدٌ قال تعالى: ﴿لَيَبْلُوَنَّكُمُ ٱللَّهُ بِشَيْءٍ مِّنَ ٱلصَّيْدِ تَنَالُهُۥٓ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ﴾ [المائدة:٩٤] يعني: البيض والفراخ. وقال ﷺ: «[الصيد][1] لمن أخذ».

(لم يُعِدَّ) أي: لم يُهيّئ **(أرضه لذلك)** أي: للصيد، والحكم لا يضافُ إلى شيءٍ يصلح سببًا إلا بالقصد[2] لذلك، **(كنصب شبكة للجفاف)**؛ يعني: لو تعقل بها [صيدًا][3] لا يكون له ما لم يكفه بضمه، أما إذا ضمه ذلك إلى نفسه، أو كان قصد لذلك وتهيأ له فحينئذٍ يكون له ما وقع في ثيابه، وكذا إذا هيّأ مكانًا

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (بالصيد)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لِأَنَّهُ عُدَّ مِن أَنزَالِهِ فَيملِكُهُ تَبَعًا لِأَرضِهِ، كَالشَّجَرِ النَّابِتِ فِيهَا وَالتُّرَابِ المُجتَمِعِ فِي أَرضِهِ بِجَرَيَانِ المَاءِ، وَاَللَّهُ أَعلَمُ.

[٢/١٥٣/أ] للسرقين، فما وقع فيه يكون له عند البعض. كذا في جامع قاضي خان.

(لأنه) أي: العسل **(عُدَّ من أنزاله)** أي: الأرض، وهو رَيْعها وما يحصل منها، وذكَّر الضمير وإن كان راجعًا إلى الأرض على تأويل المكان.

والأنزال، بفتح الهمزة: جمع النَّزَل، وهو الزيادة والفضل. ذكره في المغرب[(١)].

يعني: الفرخ والبيض صيدٌ؛ لأنه اسمٌ لما لا يوجد إلا بحيلة، إما في الحال أو في المآل وهما بهذه الصفة، وكذا المتكسّر؛ لأن احتمال البراح والانقلاب بالانحياز ثابتٌ، «**والصّيْدُ لِمَنْ أَخَذَ**»[(٢)]، والعسل ليس بصيدٍ؛ بل هو من أنزال الأرض وتوابعها، فإن العسل لا يحصل في مطلق المواضع، وبمطلق الأغذية؛ بل بغذاء خاص ومكان خاص، فإذا عسل في أرض عُلم أنه من نبات ذلك الأرض، فكان من أجزاء تلك الأرض، فيكون لمالك الأرض، كما إذا نبتت في أرضه شجرة أو اجتمع طين أو تراب في أرضه بجريان الماء يكونان لمالك الأرض، وإن لم تكن الأرض مُعدَّة كذلك.

---

(١) انظر: المغرب (١/ ٤٦١).

(٢) قال ابن حجر: حديث: «الصيد لمن أخذه» لم أجد له أصلًا، وأما ما ذكره ابن حمدون في التذكرة الأدبية له: أن إسحاق الموصلي قال: دخل الفضل بن الربيع على الرشيد فذكر قصة فيها أن بعض حواريه قالت: حدثنا سفيان، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة رفعه: «الصيد لمن أخذه لا لمن أثاره»، وأن أخرى حدثته عن مالك، عن الزهري، عن عبد الله بن ظالم، عن سعيد بن زيد رفعه: «من أحيا أرضًا ميتة فهي له»، فالحديث الأول لا أصل له بهذا الإسناد ولا بغيره. الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٢/ ٢٥٦).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الصَّرفِ

قَالَ : (الصَّرفُ: هُوَ البَيعُ إِذَا كَانَ كُلُّ وَاحِد مِن عِوَضَيهِ مِن جِنسِ الأَثْمَانِ) سُمِّيَ بِهِ لِلحَاجَةِ إِلَى النَّقلِ فِي بَدَلَيهِ مِن يَد إِلَى يَد. وَالصَّرفُ: هُوَ النَّقلُ وَالرَّدُّ لُغَة،

كِتَابُ الصَّرْفِ

أخَّر كتاب الصرف عن بيان أنواع البيوع؛ لما ذكرنا في أول باب السَّلَم، أو لأن الصرف تبع الأثمان، والثمن في البياعات يجري مجرى الوصف، والمبيع مجرى الأصل؛ لتوقف جواز البيع إلى وجود المبيع دون الثمن، والوصف تابع للأصل، وقد ذكرنا في الكتاب معنى الصرف لغة وشرعًا، وله ثلاث شرائط:

أحدها: التقابض في البدلين قبل الافتراق باتفاق الأئمة الأربعة[(١)].

والثاني: ألا يكون في هذا العقد خيار الشرط؛ لأن بالخيار يمتنع الملك، وإذا امتنع الملك امتنع القبض الذي هو من شرائط العقد؛ لأن بالخيار يمتنع استحقاق ما به يحصل التعيين، وهو القبض، ما بقي الخيار.

والثالث: ألا يكون [فيه][(٢)] أجل؛ لأن به ينعدم استحقاق القبض.

لا يقال: الشرط مُقدَّم أو مقارِن، والقبض متأخر، فكيف يكون شرطًا؟

لأنا نقول: الأصل في الشرط ذلك، إلا أن مقارنة القبض بالعقد غير ممكن من غير تراضٍ؛ لما فيه من إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه، فقلنا: جوازه بقبض يوجد في المجلس؛ ولهذا اختلف المشايخ أن التقابض شرط صحة العقد أو شرط بقائه صحيحًا، فعلى قول من يقولُ: شرط بقائه صحيحًا، فالجواب

---

(١) انظر: الإجماع لابن المنذر (ص ٩٧ رقم ٤٨٨).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

أو لِأَنَّهُ لَا يُطلَبُ مِنهُ إلَّا الزِّيَادَةُ، إذ لَا يُنتَفَعُ بِعَينِهِ، وَالصَّرفُ هُوَ الزِّيَادَةُ لُغَة، كَذَا قَالَهُ الخَلِيلُ، وَمِنهُ سُمِّيَت العِبَادَةُ النَّافِلَةُ صَرفًا.

ظاهرٌ، وعلى قول من يقول: شرط صحة العقد،يتوجه الإشكال، والجواب ما ذكرناه.

وفي المبسوط: الصرف اسمٌ لنوع بيع، وهو مبادلة الأثمان بعضها ببعض[١].

وفي شرح الطحاوي: الصرف اسم لعقود ثلاثة: بيع الذهب بالفضة، وبيع الفضة بالفضة، وبيع أحدهما بالآخر، وإنما قال: من جنس الأثمان ولم يقل من الأثمان؛ لأن البقرة تتعين بالتعيين، فلا يكون ثمنًا مطلقًا، وعقد الصرف يشمل التبر والمضروب والمخلوط.

قوله: (لا ينتفع بعينه) أي: بعين ما يكون ثمنًا خلقةً، فإن غير الدراهم والدنانير ينتفع بعينه، كاللحم والثوب وغيرهما من الأشياء غير النقدين، فيجوز أن يكون الفائدة، والمقصود في بيعها الانتفاع بها لا الزيادة، أما في بيع الصرف لو لم يكن المطلوب الزيادة فتخلو عن الفائدة.

والصرف لغة: الزيادة، فكانت إرادة الزيادة مطلوبة في بيعهما؛ فلذلك اختص هذا النوع بلفظ الصرف؛ ولهذا قيل لمن يعرف هذا الفضل والزيادة: صرّاف وصَيْرفي، وإنما يشتري التجار الذهب بالفضة وبالعكس؛ لينقلوها من بلدٍ إلى بلدٍ؛ لطلب زيادة الربح.

قوله: (ومنه) أي: من القول بأن الصرف لغة الزيادة **(سُميت عبادة النافلة صرفًا)** لأنها زائدة على الفرائض، قال ﷺ: «**مَنْ انْتَمَى إلى غَيْرِ أَبِيهِ لَا يَقْبَلِ اللهُ مِنْهُ صَرْفًا وَلَا عَدْلًا**»[٢] الصرف هو النَّفَل، والعدل هو الفرض، وسمي الفرض عدلًا لكونه أداء لحق مستحق.

ولكن ذكر في الفائق حديثًا آخر في هذا، وفسَّر الصرف بتفسير آخر، وقال: قال في ذكر المدينة: «**مَنْ أَحْدَثَ فِيهَا حَدَثًا أَوْ آوَى مُحْدِثًا؛ فَعَلَيْه لَعْنَةُ**

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٤/ ٢).

(٢) أخرجه البخاري (٤/ ١٠٠ رقم ٣١٧٢)، ومسلم (٢/ ٩٩٤ رقم ١٣٧٠) من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

قَالَ: (فَإِن بَاعَ فِضَّة بِفِضَّة ....

اللهِ إلى يَوْمِ القِيَامَةِ لا يَقْبَلُ مِنْه صَرْفٌ وَلا عَدْلٌ»[١] الصرف: التوبة؛ لأنه صَرف النفس إلى البر عن الفجور، والعدل: الفدية، من المعادلة، والفداء يعادل نفسه، والمراد مِن إحداث الحدث الفعل الذي يوجب الحد[٢].

وفي الغريبين: وقيل: الصرف: النافلة، والعدل: الفريضة[٣].

وفي المبسوط[٤]: الأموال ثلاثة أنواع:

منها ما هو ثمن في العقد على كل حال، وهو الدراهم والدنانير، صحبها حرف الباء أو لا، وسواء كان ما يقابلها من جنسها أو من غير جنسها.

ومنها ما هو مبيع على كل حالٍ [٢/١٥٣/ب] وهو ما ليس من الأمثال من العروض، كالثياب والدواب والمماليك.

ومنها ما هو ثمن من وجه، مبيع من وجه، كالمكيل والموزون، فإنها إذا كانت معيّنة في العقد تكون مبيعة، وإن لم تكن معينة، فإن صحبها حرف الباء وقابلها مبيع - فهي ثمن، وإن لم يصحبها حرف الباء أو قابلها ثمن - فهي مبيعة؛ وهذا لأن الثمن ما يثبت في الذمة دينًا، وقال الله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنِۢ بَخْسٍ دَرَٰهِمَ مَعْدُودَةٍ﴾ [يوسف: ٢٠].

وقال القرافي معناه: الثمن ما يثبت في الذمة دينًا، والنقود لا تستحق بالعقد إلا دينًا في الذمة؛ فلهذا قلنا: إنه لا يتعين بالتعيين خلافًا للشافعي ومالك وأحمد، فإن عندهم يتعين الذهب والفضة بالتعيين، حتى لو تلفت الدراهم المعينة في البيع قبل القبض بطل البيع ولا يجوز استبدالها، فكانت ثمنًا على كل حال.

وفي الكافي زاد نوعًا آخر فقال: منها ما صارت أثمانًا بالاصطلاح، وهي سلعة في الأصل، فإن كانت رائجة فهي ثمن لا يتعين بالتعيين، وإن كانت كاسدة فهي سلعة كالفلوس.

قوله: (باع فضة بفضة) إلى آخره، المثلية شرطٌ في جميع أموال الربوية عند

---

(١) الحديث السابق.

(٢) انظر: الفائق في غريب الحديث للزمخشري (٢/ ٢٩٤).

(٣) انظر: غريب الحديث للقاسم بن سلام (٣/ ٦٨).

(٤) المبسوط للسرخسي (١٤/ ٢).

أَو ذَهَبًا بِذَهَب لَا يَجُوز إِلَّا مِثلًا بِمِثل، وَإِن اختَلَفَا فِي الجَودَةِ وَالصِّيَاغَةِ) لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ مِثلًا بِمِثل وَزنًا بِوَزن يَدًا بِيَدِ وَالفَضلُ رِبا» الحَدِيث. وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : «جَيِّدُهَا وَرَدِيئُهَا سَوَاءٌ» وَقَد ذَكَرنَاهُ فِي البُيُوعِ.

العقد علمًا ووجودًا، لا وجودًا لا غير، بإجماع الأئمة الأربعة[(١)]، حتى لو اشترى مكيلًا بمكيل مجازفة لا يجوز وإن كانا متساويين في الواقع، فلو كيلا في مجلس العقد وكانا متساويين يجوز[(٢)].

وعن أبي حنيفة: لا يجوز، وبعد الافتراق لو كيلا وكانا متساويين لا يجوز، وعند زفر يجوز؛ لأن ما هو شرط الجواز، وهو المماثلة، قد تبيّن أنه كان موجودًا وقت العقد، وعندنا شرط جواز العقد العلم بالمساواة عند العقد أو في مجلس العقد استحسانًا؛ لأنه إذا لم يعلم كان الفضل معدومًا موهومًا، وما هو موهوم يجعل كالموجود فيما بني أمره على الاحتياط كما هو في العقوبات، فإنها تندرئ بالشبهات، ولأن باب الربا مبني على الاحتياط، فالفضل الموهوم كالمتحقق.

وكذا لو باع حنطة بحنطة وزنًا بوزن لا يجوز[(٣)]؛ لأنها مكيل، فشرط الجواز فيها المماثلة في الكيل، وبالمساواة في الوزن لا تعلم المماثلة في الكيل. كذا في المبسوط[(٤)].

وكذا في القسمة إذا اقتسمها مجازفةً؛ لم يجز إلا إذا علم تساويهما؛ لأن القسمة بمنزلة البيع. كذا في شرح الطحاوي.

وانتصاب «**مثلًا**»، و«**وزنًا**»، و«**يدًا**»[(٥)] في الحديث على الحال، والعامل فيها ما اقتضاه الجار والمجرور من معنى الفعل، وهو: بيعُوا، على تقدير نصب الذهب، وعلى تقدير رفعه بإقامته مقام المضاف إليه.

(وقد ذكرناه في البيوع) أي: في باب الربا.

---

(١) انظر: الإجماع لابن المنذر (ص: ٩٧)، برقم ٤٨٧.
(٢) انظر: الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٤٠).
(٣) انظر: الدر المختار (١/ ٤٣١).
(٤) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٩١).
(٥) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١١ رقم ١٥٨٧) من حديث عبادة بن الصامت ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلًا بمثل، سواء بسواء، يدًا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف، فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يدًا بيد».

قَالَ: (وَلَا بُدَّ مِن قَبضِ العِوَضَينِ قَبلَ الِافتِرَاقِ) لِمَا رَوَينَا، وَلِقَولِ عُمَرَ ﷺ: وَإِن استَنظَرَكَ أَن يَدخُلَ بَيتَهُ فَلَا تُنظِرهُ، وَلِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِن قَبضِ أَحَدِهِمَا لِيَخرُجَ العَقدُ عَنِ الكَالِئِ بِالكَالِئِ، ....

وقوله: (مثلًا بمثل) من حيث القدر.

فإن قيل: كان قوله: «**وزنًا بوزن**»[1] تكرارًا.

فقيل في جوابه: قوله: (وزنًا بوزن) تفسيرٌ لقوله: (كيلًا بكيل أو مثلًا بمثل) لأن المثلية تكون من حيث القدر وغيره.

قوله: (ولا بدَّ من قبض العِوضين قبل الافتراق) أي: بإجماع العلماء[2].

وفي المبسوط: وكان ينبغي أن يشترط التقابض مقرونًا بالعقد، إلا أن حالة المجلس تقام مقام حالة العقد شرعًا؛ تيسيرًا[3].

وفي فوائد القدوري: المراد بالقبض هنا القبض بالبراجم لا بالتخلية، وهذا القبض شرط بقاء العقد على الصحة؛ لأن شرط انعقاده صحيحًا يدل عليه قوله: (فإن افترقا بطل العقد) والشيء إنما يبطل بعد وجوده.

قوله: (واستنظرك) يخاطب به أحد عاقدي الصرف؛ يعني: إن سألك صاحبك أن يدخل منه بإخراج بدل الصرف فلا تمهله.

قوله: (ولأنه لا بدَّ من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكالئ بالكالئ) أي: النسيئة بالنسيئة.

فإن قيل: يشكل على هذا التعليل ما إذا باعا المَصُوغ بالمضروب، فإن المَصُوغ مما يتعيّن بالتعيين ومع ذلك يشترط قبضهما؛ إذِ النسيئة بالنسيئة إنما تكون باعتبار عدم التعيين.

قلنا: المصوغ وإن كان يتعين لكن فيه شبهة عدم التعيين؛ لكونه ثمنًا خلقة، فيشترط قبضه اعتبارًا للشبهة في باب الربا.

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١١ رقم ١٥٨٨) من حديث أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «الذهب بالذهب وزنًا بوزن، مثلًا بمثل، والفضة بالفضة وزنًا بوزن، مثلًا بمثل، فمن زاد أو استزاد فهو ربا».

(٢) انظر: الإجماع لابن المنذر (ص: ٩٧)، ٤٨٨. (٣) المبسوط للسرخسي (١٤/ ٣).

....

فإن قيل: على هذا التقدير يلزم في بيع المضروب بالمَصُوغ شبهة الشبهة وهي غير معتبرة؛ لأن في بيعهما نسيئة شبهة الفضل؛ لأنه لما قبض أحد البدلين دون الآخر كان بيع النقد بالكالئ، وفيه شبهة فضل النقد على النسيئة، ثم لو باعهما نسيئة، والمَصُوغ في نفسه مما يتعين بالتعيين، لكن بالنظر إلى أصله بأن خلق ثمنًا شبهة عدم التعيين كانت فيه شبهة زائدة على [٢/ ١٥٤/أ] تلك الشبهة التي هي شبهة فضل النقد على النسيئة، فكانت شبهة الشبهة، وهي غير معتبرة.

قلنا: عدم الجواز[١] في بيع المضروب نسيئة بعين النص؛ لقوله ﷺ: «**يدًا بيد**» لأن فيما نحن فيه جاءت الحرمة نصًّا. ذكره في المبسوط[٢].

وما روي عن عمر ﵁ أنه قال: «الذّهبُ بالذّهبِ مثلًا بمثلٍ، الوَرقُ بالورقِ مثلًا بمثلٍ، لا تفضلوا بعضها على بعضٍ، لا يباع منها غائب بناجز، وإني أخاف عليكم الرَّماء، والرَّماء: هو الربا، وإن استنظرك إلى أن يدخل بيته فلا تُنظرهُ» واسم الذهب والفضة يتناول المَصُوغ منهما أيضًا.

ثم اعلم أن المساواة في الوزن شرطٌ في الأموال الربوية، حتى لو باع إناء فضة بإناء فضةٍ متفاضلًا لا يجوز[٣].

فإن قيل: يشكل على هذا ما لو باع إناء مصوغًا من نحاس بإناء مصوغ منه متفاضلًا ـ يجوز، مع أن بيع النحاس بالنحاس متفاضلًا لا يجوز عندنا، خلافًا للشافعي، وكذلك المُتّخذ من الصفر والشَّبَهِ والحديد بإناء من جنسه متفاضلًا ـ يجوز.

قلنا: الفرق بينهما أن صفة الوزن في الذهب والفضة منصوصٌ عليها، فلا يتغير ذلك بالصنعة، ولا يخرج من كونه موزونًا بالعادة؛ إذِ العادة لا تعارض النص، أما في النحاس وما أشبهه فصفة الوزن ثابتة بالعُرف فيخرج من كونه موزونًا بالصنعة بالعُرف، ويتعارف الناس بيع المصوغ منه عددًا. كذا في المبسوط[٤].

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ١٣٦).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٤/ ٥).

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي (١٤/ ٢٨).

(٤) المبسوط للسرخسي (١٤/ ٤).

ثُمَّ لَا بُدَّ مِن قَبضِ الآخرِ تَحقِيقًا لِلمُسَاوَاةِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الرِّبَا، وَلِأَنَّ أَحَدَهُمَا لَيسَ بِأَولَى مِن الآخَرِ فَوَجَبَ قَبضُهُمَا، سَوَاءٌ كَانَا يَتَعَيَّنَانِ كَالمَصُوغِ أَو لَا يَتَعَيَّنَانِ كَالمَضرُوبِ، أَو يَتَعَيَّنُ أَحَدُهُمَا وَلَا يَتَعَيَّنُ الآخَرُ لِإِطلَاقِ مَا رَوَينَا، وَلِأَنَّهُ إن كَانَ يَتَعَيَّنُ فَفِيهِ شُبهَةُ عَدَمِ التَّعيِينِ، لِكَونِهِ ثَمَنا خِلقَة فَيُشتَرَطُ قَبضُهُ اعتِبَارًا لِلشُّبهَةِ فِي الرِّبَا، وَالمُرَادُ مِنهُ الِافتِرَاقُ بِالأَبدَانِ، حَتَّى لَو ذَهَبَا عَن المَجلِسِ يَمشِيَانِ مَعًا فِي جِهَة وَاحِدَة أَو نَامَا فِي المَجلِسِ أَو أُغمِيَ عَلَيهِمَا لَا يَبطُلُ الصَّرفُ لِقَولِ ابنِ عُمَرَ رضي الله عنه: وَإِن وَثَبَ مِن سَطح فَثِب مَعَهُ، وَكَذَا المُعتَبَرُ مَا ذَكَرنَاهُ فِي قَبضِ رَأسِ

(لإطلاق ما روينا) وهو قوله عليه السلام: «**الذّهب بالذّهبِ...**» الحديث.

(اعتبارًا للشبهة في الربا) إذْ حرمة شبهة الربا منصوصٌ عليها بنهيه عليه السلام عن الربا والريبة، فتلحق شبهة شبهة الربا بشبهة الربا، وإن كان الأصل أن تعتبر الشبهة دون النازل عنها كما بيّنا.

قوله: (في جهة واحدة) قيد بها؛ لأنهما لو مشيا في جهتين مختلفتين يبطل الصرف؛ لوجود الافتراق بالأبدان.

(وإن وثب عن سطح)، أول الحديث ما ذكره في المبسوط فقال: وعن أبي جبلة قال: سألت عبد الله بن عمر فقلتُ: إنا نقدم أرض الشام ومعنا الوَرِق الثِّقال النافقة، وعندهم الوَرِق **الخِفاف** الكاسدة، أفنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف؟ فقال: لا تفعل، ولكن بع ورقك بذهب، واشترِ ورقهم بالذهب، ولا تفارقه حتى يستوفي، وإن وثب عن سطح فثب معه[(١)].

وفيه دليل رجوع ابن عمر عن قوله في جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس، وكذا قال أبو نضرة: إن ابن عمر رجع عنه، وقال [أمر حر][(٢)] أبا الصهباء، فسأل ابن عباس عن الصرف، فقال: لا خير فيه.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٤/ ٤).

(٢) هكذا رسم الكلمة في النسخ الخطية ولم تتضح لنا، وقد أخرج مسلم (٣/ ١٢١٧ رقم ١٥٩٤) هذه القصة من طريق أبي نضرة قال: سألت ابن عمر، وابن عباس عن الصرف فلم يريا به بأسا، فإني لقاعد عند أبي سعيد الخدري، فسألته عن الصرف، فقال: ما زاد فهو ربا، فأنكرت ذلك =

مَالِ السَّلَمِ، بِخِلَافِ خِيَارِ الْمُخَيَّرَةِ، لِأَنَّهُ يَبْطُلُ بِالْإِعْرَاضِ فِيهِ.

فيه دليل على رجوع ابن عباس أيضًا عن فتواه بجواز التفاضل، فإنه لا قيمة للجودة في النقود وأن المفتي إذا بيَّن جواب ما سُئل عنه فلا بأس أن يبيّن للسائل الطريق الذي يحصل مقصودُه، مع التحرز عن الحرام، ولا يكون هذا مما هو مذموم من تعليم الحيل؛ بل اقتداء بالنّبيّ ﷺ، حيث قال لعامل خيبر: «**هَلّا بِعْتَ تَمْرَكَ بِسِلْعَةٍ ثُم اشْتَرَيْتَ بِسِلْعَتِكَ هَذَا التَّمْرَ**»[(١)] وفيه دليلٌ على أن القليل من الفضل والكثير في كونه ربا لظاهر قوله ﷺ: «**والفَضْلُ رِبَا**»، وفيه دليلٌ أن التقابض قبل الافتراق في الصرف مستحق، وأن القيام عن المجلس من غير افتراق لا يمنع بقاء العقد، فإنه قال: وإن وثب من السطح فثب معه.

قوله: (بخلاف خيار المخيرة) فإن قيامها عن المجلس قبل اختيار نفسها دليل الإعراض، ولا يشترط فيه الافتراق بالأبدان، حتى لو قاما عن ذلك المجلس يمشيان معًا في جهة واحدة يخرج الأمر من يدها.

وعن محمد في رواية أنه جعل الصرف بمنزلة خيار المخيرة حتى قال: يبطل بما هو دليل الإعراض، كالقيام عن المجلس. كذا في الذخيرة.

وفي المجتبى: الافتراق في الصرف والسَّلَم يفارق الافتراق في الإيجاب والقبول والتحدثات وخيار المخيرة، فإن الإعراض بالقيام أو بالاشتغال بعمل آخر ثَمَّ يُعَدُّ مفارقة، ولا كذلك هاهنا فإن الافتراق بالأبدان هو المراد هنا دون

= لقولهما، فقال: لا أحدثك إلا ما سمعت من رسول الله ﷺ، جاءه صاحب نخله بصاع من تمر طيب، وكان تمر النبي ﷺ هذا اللون، فقال له النبي ﷺ: «أنى لك هذا؟» قال: انطلقت بصاعين فاشتريت به هذا الصاع، فإن سعر هذا في السوق كذا، وسعر هذا كذا، فقال رسول الله ﷺ: «ويلك، أربيت، إذا أردت ذلك، فبع تمرك بسلعة، ثم اشتر بسلعتك أي تمر شئت»، قال أبو سعيد: فالتمر بالتمر أحق أن يكون ربا، أم الفضة بالفضة؟
قال -أبو نضرة-: فأتيت ابن عمر بعد فنهاني، ولم آت ابن عباس، قال: فحدثني أبو الصهباء، أنه سأل ابن عباس عنه بمكة فكرهه.

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١١٢١ رقم ١٥٨٨) من حديث أبي سعيد الخدري ﷺ قال: جاء بلال بتمر برني، فقال له رسول الله ﷺ: «من أين هذا؟» فقال بلال: تمر كان عندنا رديء، فبعت منه صاعين بصاع لمطعم النبي ﷺ، فقال رسول الله عند ذلك: «أَوَّهْ عين الربا، لا تفعل، ولكن إذا أردت أن تشتري التمر فبعه ببيع آخر، ثم اشتر به».

(وَإِن بَاعَ الذَّهَبَ بِالفِضَّةِ جَازَ التَّفَاضُلُ) لِعَدَمِ المُجَانَسَةِ (وَوَجَبَ التَّقَابُضُ) لِقَولِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : «الذَّهَبُ بِالوَرِقِ رِبا إِلَّا هَاء وَهَاء» (فَإِن افتَرَقَا فِي

المكان، حتى قال في الكامل والمحيط: لو قاما فذهبا معًا وناما أو أغمي عليهما أو طال قعودهما لا يبطل، ولا فرق بين أن يتصارفا بهما وليسا في المجلس، ثم قبضا أو كانا فيه فقبضا.

وعن محمد: لو قاما أو أحدهما فهو فرقة، وإن ناما جالسين فلا، وعنه: القعود الطويل [٢/ ١٥٤/ب] فرقة، دون اليسير.

ولو كان لرجلٍ على آخر ألفٌ، وله على الرجل مائة دينار، فأرسل إليه رسولًا وقال: يقبل الدنانير التي عليك بالدراهم التي لك عليّ فقال: قبلت كان باطلًا[(١)]، وكذا لو نادى أحدهما صاحبه وراء جدارٍ أو من بعيد؛ لأنهما متفرقان.

وعن محمد[(٢)]: ولو قال الأبُ: اشهدوا أني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة، ثم قام قبل نقدها ـ بطل، ولو باع المكيل دينًا بدين فهو فاسد قبضا أو لا؛ لقوله ﷺ: «يدًا بيد» في الحديث المعروف، وكذا إذا كان ما وقع لفظ البيع دينًا والآخر عينًا؛ لنهيه ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان.

قوله: (الذهب بالورق ربا) أي: حرام؛ لأن الربا مستلزم للحرمة **(هاء وهاء)** هاء: مقصور وممدود: بمعنى هاع؛ أي: خذ، ومنه ﴿هَآؤُمُ ٱقۡرَءُواْ كِتَٰبِيَهۡ﴾ [الحاقة:١٩]، وفي بعض الروايات: «**إِلَّا يَدًا بِيدٍ هَاءَ وَهَاءَ**»[(٣)] وهو تأكيدٌ لقوله: «**يدًا بيدٍ**» كأنه قال: إلا يدًا بيدٍ مع التقابض. كذا في المغرب[(٤)].

قوله: (فإن افترقا) إلى آخره، القبض شرط بقاء العقد على الصحة استدلالًا بهذا اللفظ كما ذكرنا، قال بعض المشايخ: شرط لصحته ابتداء، والأول أصح، ويظهر الخلاف فيما إذا ظهر الفساد فيما هو صرفٌ، يفسد فيما ليس بصرف عند أبي حنيفة، ولا يفسد على القول الأصح.

---

(١) انظر: البحر الرائق (٦/ ٢١٠). (٢) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢١٦).
(٣) أخرجه البخاري (٣/ ٦٨ رقم ٢١٣٤)، ومسلم (٣/ ١٢٠٩ رقم ١٥٦٨) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه.
(٤) المغرب (١/ ٤٩٩).

الصَّرفِ قَبلَ قَبضِ العِوَضَينِ أَو أَحَدِهِمَا بَطَلَ العَقدُ) لِفَوَاتِ الشَّرطِ، وَهُوَ القَبضُ، وَلِهَذَا: لَا يَصِحُّ شَرطُ الخِيَارِ فِيهِ وَلَا الأَجَلُ، لِأَنَّ بِأَحَدِهِمَا لَا يَبقَى القَبضُ مُستَحَقًّا، وَبِالثَّانِي يَفُوتُ القَبضُ المُستَحَقُّ، إِلَّا إِذَا أُسقِطَ الخِيَارُ فِي المَجلِسِ فَيَعُودُ إِلَى الجَوَازِ لِارتِفَاعِهِ قَبلَ تَقَرُّرِهِ وَفِيهِ خِلَافُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

ثم اعلم أنَّ بين فساد عقد الصرف بسبب الافتراق قبل القبض، وبين الفساد فيه ابتداء بسبب ذكر الأجل وشرط الخيار ـ فرقًا على قول أبي حنيفة، فإنه إذا كان لرجل جارية، وفي عنقها طوق فضة، ووزن الطوق مائة، فباعهما بألف درهم حالّة ـ جاز البيع فيهما جميعًا، ويكون الطوق بمائة من الألف صرفًا، والجارية بسبعمائة بيعًا.

ولو افترقا من غير قبض من الجانبين بطل الصرف، وبيع الجارية صحيح، وبمثله لو باعهما بألف إلى أجل؛ فالصرف باطل بالإجماع[١]، ويبطل بيع الجارية أيضًا عند أبي حنيفة[٢] خلافًا لهما.

فأبو حنيفة فرَّق بين المسألتين فقال في الأولى: لا يبطل في الجارية؛ لأن العقد انعقد فيهما جميعًا على الصحيح، غير أن الصرف إنما يبطل لفوات التقابض، ولم يوجب ذلك إبطال البيع في الجارية، كما إذا اشترى عبدين بألف فاستحق أحدهما، وفي الثانية إنما يبطل بيع الجارية؛ لأن عقد الصرف انعقد على الفساد، فأوجب ذلك فساد بيع الجارية، كما لو اشترى عبدين فإذا أحدهما حر، كذا في شرح الطحاوي.

(ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه) أي: في الصرف كما ذكرنا **(بأحدهما)** أي: بشرط الخيار، **(وبالثاني)** وهو الأجل.

(إلا [إذا][٣] سقط الخيار) ذكر إسقاط الخيار دون الأجل؛ لأنه لو سلم في المجلس من غير إسقاط الخيار ـ يجوز **(لارتفاعه)** أي: بسبب الفساد[٤] **(قبل تقرره)** أي: تقرر الفساد.

---

(١) انظر: الإجماع لابن المنذر (ص ٩٧ برقم ٤٨٨).
(٢) انظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/ ٢٢١).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) انظر: مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (١١/ ١٨٠).

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي ثَمَنِ الصَّرفِ قَبلَ قَبضِهِ، حَتَّى لَو بَاعَ دِينَارًا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَلَم يَقبِضِ العَشَرَةَ حَتَّى اشتَرَى بِهَا ثَوبًا: فَالبَيعُ فِي الثَّوبِ فَاسِدٌ) لِأَنَّ القَبضَ مُستَحَقٌّ بِالعَقدِ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى، وَفِي تَجوِيزِهِ فَوَاتُهُ، وَكَانَ يَنبَغِي أَن يَجُوزَ العَقدُ فِي الثَّوبِ كَمَا نُقِلَ عَن زُفَرَ، لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ لَا تَتَعَيَّنُ فَيَنصَرِفُ العَقدُ إِلَى

وفي الكامل: لو أسقط الأجل من له الأجل دون الآخر صح في المشهور، ولو تفرقا ولأحدهما خيار عيب أو رؤية أو شرطا نصًّا لا يضر؛ لأنه يثبت حكمًا، فلا يمنع الملك، وليس في الدراهم وسائر الديون التي يقع عليها العقد خيار رؤية؛ لأن العقد لا ينفسخ بردها، وإنما وقع بمثلها، وفي التِّبر والحُليّ والأواني منهما خيار رؤية؛ لأنه ينتقض العقد برده في المجلس، أو بعده بخيار عيب، أو رؤية، كسائر الأعيان، ولو وجد أحدهما أو كلاهما دون الافتراق ما قبض زيفًا أو ستوقًا فحكمه في جميع أبوابه استبدال أو بطلان عقد، كما ذكر في رأس مال السَّلم في باب السَّلم.

(بها) أي: بالعشرة **(ثوبًا)** من مشتري الدينار حقًّا لله تعالى حتى لا يسقط بإسقاط المتعاقدين.

(وفي تجويزه) أي: تجويز بيع الثوب **(فواته)** أي: فوات حقه لله تعالى.

فإن قيل: القبض حقه تعالى، وفي تجويز بيع الثوب فوات حقه، وفي عدم تجويزه فوات حق العبد، وحق العبد مقدَّمٌ على حقه تعالى.

قلنا: إنما يكون في حق العبد مقدَّمًا بعدما ثبت حقه تعالى، وهاهنا لم يجز بيعه في الثوب، فكيف يكون حقه مقدَّمًا!

(كما قيل[1] عن زفر) بأن اشترى ثوبًا ولم يضف إلى بدل الصرف، فكذا إذا أضاف؛ لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان، وإن كانت موجودة مشارًا إليها، فكذلك إذا كانت دينًا؛ لأن ما لا يتعين بالتعيين إذا كان عينًا ـ لا يتعين بالتعيين [٢/١٥٥/أ] إذا كان دينًا، فحينئذٍ الإطلاق والإضافة سواء، إلا أنا نقول: قبض بدل الصرف واجبٌ بالسنة، والاستبدال يفوت القبض المستحق، فكان شرط

---

(١) وتقدم في المتن: (كما نقل عن زفر).

مُطلَقِهَا، وَلَكِنَّا نَقُولُ: الثَّمَنُ فِي بَابِ الصَّرفِ مَبِيعٌ، لِأَنَّ البَيعَ لَا بُدَّ لَهُ مِنهُ وَلَا شَيءَ سِوَى الثَّمَنَينِ، فَيُجعَلُ كُلُّ وَاحِد مِنهُمَا مَبِيعًا لِعَدَمِ الأَولَوِيَّةِ، ....

إيفاء الثمن من بدل الصرف شرطًا فاسدًا، فيمنع الجواز؛ لإسقاط الثمن به، والدّيَن يتعين في حق القدر والوصف والاستحقاق فيما يرجعُ إلى الإسقاط. كذا في الفوائد الظهيرية، والجامع الصغير لقاضي خان.

قوله: (لعدم الأولية) يعني: أن عقد الصرف بيعٌ؛ لأنه مبادلة مال بمال؛ ولهذا لو حلف لا يبيع فصارف يحنث في يمينه.

والبيع: ما يشتمل على مبيعٍ وثمن، وليس كل واحدٍ من بدلي الصرف بأن يجعل مبيعًا أولى من الآخر، **(فجعل كل واحدٍ منهما)** ثمنًا من وجه، مبيعًا من وجه؛ ضرورةَ انعقاد البيع، وإن كان كل واحدٍ منهما ثمنًا خلقة، وإذا كان كذلك، لو جاز الاستبدال به من حيث إنه ثمن ـ لا يجوز من حيث إنه مبيع، فلا يجوز بالشك. كذا في الذخيرة.

فإن قيل: ينبغي أن تتعين الدراهم في مسألتنا بكونها ثمنًا لدخول الباء فيها، والباء مخصوصة بدخولها في الأثمان.

قلنا: ذاك في الأثمان الجعلية، كالحنطة والشعير والحديد إذا كانت دينًا، أما في بيع الصرف فكل واحد ثمن ومثمن من وجه؛ لتعيينها للثمنيّة خلقة.

فإن قيل: لو جعلا كل واحدٍ منهما مبيعًا لاشتراط قيام الملك حالة العقد حتى لا يصير بائعًا ما ليس عنده، وبالإجماع لم يشترط قيامهما وقت البيع حتى لو تصارفا وليس في ملك هذا دينار إلا في ملك آخر درهم، ثم استقرضا وتقارضا في المجلس ـ جاز، والمسألة في الكتاب.

قلنا: إنهما قبل العقد، وحالة العقد ثمن من كل وجه، وإنما يُعتبر مُثمنًا من وجه بعد[(١)] العقد ضرورة أن العقد لا بدَّ له من مثمن، وهذا كما قيل في بيع العرض بالعرض، فإن كونه ثمنًا لا يثبت قبل العقد بوجهٍ من الوجوه؛ لأنه مثمن في الأصل، وإنما يصير ثمنًا بسبب العقد ضرورة أن البيع لا بدَّ له من ثمن،

---

(١) في الأصل: (دون)، والمثبت من النسخة الثانية.

وَبَيعُ المَبِيعِ قَبلَ القَبضِ لَا يَجُوزُ، وَلَيسَ مِن ضَرُورَةِ كَونِهِ مَبِيعًا أَن يَكُونَ مُتَعَيَّنًا كَمَا فِي المُسلَمِ فِيهِ.

فيُعتبر كونه مثمنًا قبل العقد حتى يشترط قيام الملك في كل واحدٍ منهما حالة العقد، ويعتبر كونه ثمنًا بعد العقد، حتى لا ينفسخ العقد بهلاك أحدهما بعد البيع قبل القبض، كما لو كان ثمنًا من كل وجه، كذا هاهنا، وإذا اعتبرت الثمنيّة من كل وجه قبل العقد لا يُشترط قيام الملك فيهما قبل العقد، ولا يتعلق العقد بالمشار إليه.

فإن قيل: لا يجوز الاستبدال قبل القبض في ثمن القلب عندكم، مع أن ثمن القلب ثمن من كل وجه؛ إذْ لا ضرورة إلى جعلها ثمنًا من وجه؛ لأن القلب بمقابلتها مثمن من كل وجه، فعُلم أن حرمة الاستبدال بدل القلب إن كان لا يمتنع للوجه الثاني، لكن يمتنع للوجه الأول، وهو أن الاستبدال ببدل القلب لو صحَّ يفوت قبض بدل القلب في الصّرف. كذا في الذخيرة.

قوله: (وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز) فإن قيل: إنما يكون هذا بيع البيع قبل القبض إذا كان الثمن متعينًا في البيع الثاني، وهو شراء الثوب ببدل الصرف، وليس كذلك، كما قال زفر.

قلنا: بيع البيع قبل القبض حرامٌ بالنص[1]، وشبهة كون البدل مبيعًا متعينًا ثابتٌ في بيع البائع من حيث تقدير الثمن به وإن لم يثبت كونه متعينًا من حيث الاستحقاق، كما في الدراهم لو اشترى بها شيئًا، وبأن أشار إليها ونقد منها يحرم الانتفاع بالمشترى؛ فإن الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود؛ لكن لمّا جعل بها تقدير الثمن، وإسقاط ما وجب في ذمته بها، قلنا بحرمة الانتفاع بالمشترى؛ إذِ الشبهة ملحقة بالحقيقة في باب الحرمات.

قوله: (وليس من ضرورة) إلى آخره: جواب سؤالٍ مقدَّر وهو أن يقال: لو كان بدل الصرف مبيعًا يجب أن يكون متعينًا؛ لأن المبيع متعين.

يقال: ليس من ضرورته ذلك؛ فإن السَّلم فيه مبيع، ومع ذلك غير متعين.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢٣٤).

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيعُ الذَّهَبِ بِالفِضَّةِ مُجَازَفَة) لِأَنَّ المُسَاوَاةَ غَيرُ مَشرُوطَة فِيهِ، وَلَكِن يُشتَرَطُ القَبضُ فِي المَجلِسِ لِمَا ذَكَرنَا، بِخِلَافِ بَيعِهِ بِجِنسِهِ مُجَازَفَة لِمَا فِيهِ مِن احتِمَالِ الرِّبَا.

قَالَ: (وَمَن بَاعَ جَارِيَة قِيمَتُهَا أَلفُ مِثقَالِ فِضَّة، وَفِي عُنُقِهَا طَوقُ فِضَّة قِيمَتُهُ أَلفُ مِثقَال، بِأَلفَي مِثقَالِ فِضَّة، وَنَقَدَ مِن الثَّمَنِ أَلفَ مِثقَال، ثُمَّ افتَرَقَا، فَالَّذِي نَقَدَ ثَمَنُ الفِضَّةِ) لِأَنَّ قَبضَ حِصَّةِ الطَّوقِ وَاجِبٌ فِي المَجلِسِ لِكَونِهِ بَدَلَ الصَّرفِ، وَالظَّاهِرُ مِنهُ الإِتيَانُ بِالوَاجِبِ (وَكَذَا لَو اشتَرَاهَا بِأَلفَي مِثقَالٍ: أَلف نَسِيئَة وَأَلف نَقدًا فَالنَّقدُ ثَمَنُ الطَّوقِ) لِأَنَّ الأَجَلَ بَاطِلٌ فِي الصَّرفِ جَائِزٌ فِي بَيعِ الجَارِيَةِ، وَالمُبَاشَرَةُ

وفي المجتبى والكامل: يجوز[1] الرُّهن ببدل الصرف والكفالة والحوالة، والأمر لآخر بنقده، كما في رأس السلم بيعه بجنسه مجازفة حيث لا يجوز وإن كانا متساويين في الواقع؛ لما ذكرنا أن العلم بالتساوي حالة العقد شرط.

قوله: (لأن قبض حصة الطوق واجبٌ في المجلس) لأنه بدل الصرف؛ لأنه ذكر في المحيط: الصرف اسمٌ لنوع بيع، وهو مبادلة الأثمان بعضها ببعض مفردًا أو مجموعًا مع غيره؛ يريد بقوله: مجموعًا مع غيره: ما إذا باع ثوبًا أو ذهبًا بفضة، فحصة [٢/ ١٥٥/ب] الذهب صرف؛ لأنه لا يقابله ثمن.

وفي الكافي: قبض حصة الطوق واجبٌ، وقبض حصة الجارية غير واجب، والتسليم مطلق فيُجعل النقد من حصة الطوق؛ إذْ لا معارضة بين الواجب وغيره، والظاهر من حال المُسْلَمْ العاقل أن يؤدي الواجب ولا يخل به، وهذا كما إذا ترك سجدة في الصلاة صلبيّة، وسها أيضًا، ثم أتى بسجدتي السهو في آخر وسلَّم[2]، تصرف إحديهما إلى الصلبية وإن لم ينوها؛ ليكون الإتيان بها على وجه الصحة، وكذا لو طاف للصَّدرِ ولم يطف للزيارة - يُنقل طواف الصَّدَر إلى طواف الزيارة؛ ليكون الإتيان بالحج على وجه الصحة، والخروج عن العهدة.

---

(١) انظر: الدر المختار (٥/ ٢٠١).
(٢) كذا في الأصول الخطية، ولعل صوابها: (في آخرها)، أو: (في آخر الصلاة).

عَلَى وَجهِ الجَوَازِ وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنهُمَا (وَكَذَلِكَ إن بَاعَ سَيفًا مُحَلًّى بِمِائَةِ دِرهَم وَحِليَتُهُ خَمسُونَ فَدَفَعَ مِنَ الثَّمَنِ خَمسِينَ جَازَ البَيعُ وَكَانَ المَقبُوضُ حِصَّةَ الفِضَّةِ وَإِن لَم يُبَيِّن ذَلِكَ) لِمَا بَيَّنَّا، (وَكَذَلِكَ إن قَالَ: خُذ هَذِهِ الخَمسِينَ مِن ثَمَنِهِمَا) لِأَنَّ الِاثنَينِ قَد يُرَادُ بِذِكرِهِمَا الوَاحِدُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿يَخۡرُجُ مِنۡهُمَا ٱللُّؤۡلُؤُ وَٱلۡمَرۡجَانُ ۝٢٢﴾ [الرحمن: ٢٢] وَالمُرَادُ: أَحَدُهُمَا، فَيُحمَلُ عَلَيهِ لِظَاهِرِ حَالِهِ (فَإِن لَم يَتَقَابَضَا حَتَّى افتَرَقَا، بَطَلَ العَقدُ فِي الحِليَةِ) لِأَنَّهُ صُرِفَ فِيهَا (وَكَذَا فِي السَّيفِ إن كَانَ لَا يَتَخَلَّصُ إلَّا بِضَرَر)

(من ثمنهما) أي: من ثمن الجارية ومن ثمن الطوق؛ لأن أمور المسلمين محمولةٌ على الصلاح ما أمكن، وقد أمكن هنا؛ لأن الاثنين قد يُعبر عن الواحد مجازًا عند قيام الدليل، وقد قام الدليل هنا؛ لأن أداء ثمن الطوق واجبٌ(١) في المجلس، قال تعالى: ﴿يَخۡرُجُ مِنۡهُمَا ٱللُّؤۡلُؤُ وَٱلۡمَرۡجَانُ ۝٢٢﴾ [الرحمن:٢٢]، أي من البحرين العذب والملح، والمراد أحدهما؛ إذِ اللؤلؤ والمرجان يخرجان من الملح دون العذب؛ لما أن العذب والملح يلتقيان فيكون العذب كاللقاح للملح، كما يقال: الولد من الذكر والأنثى، مع أنه تلده الأنثى. كذا في التيسير.

وقال ﷺ لمالك بن الحويرث وابن عمه: «**إذَا سَافَرْتُما فأذّنَا وأَقِيمَا**»(٢)، والمراد أحدهما، وقال تعالى: ﴿نَسِيَا حُوتَهُمَا﴾ [الكهف:٦١] والمراد صاحبه، بدليل قوله: ﴿فَإِنِّي نَسِيتُ ٱلۡحُوتَ﴾ [الكهف:٦٣]، وقال تعالى: ﴿قَالَ قَدۡ أُجِيبَت دَّعۡوَتُكُمَا﴾ [يونس:٨٩] والدَّاعي كان موسى ﷺ.

وفي المبسوط(٣): لو قال: خذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة، وقال الآخر: نعم، أو قال لا، وتفرقًا على ذلك انتقض البيع.

وفي الحلية: لأن الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد أو الإضافة، ولا مساواة بعد تصريح الدافع بكون المدفوع ثمن السيف خاصة، والقول في ذلك قوله؛ لأنه هو المُملّك، فالقول في بيان جهته.

قوله: (لا يتخلص إلا بضرر) يعني: إذا لم يمكن تسليمه إلا بضرر لا يجبُ

---

(١) انظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/ ٨٢).

(٢) أخرجه البخاري (١/ ١٣٢ رقم ٦٥٨)، ومسلم (١/ ٤٤٦ رقم ٦٧٤).

(٣) المبسوط للسرخسي (١٤/ ٥).

لِأَنَّهُ لَا يُمكِنُ تَسلِيمُهُ بِدُونِ الضَّرَرِ، وَلِهَذَا: لَا يَجُوزُ إفرَادُهُ بِالبَيعِ كَالجِذعِ فِي السَّقفِ (وَإِن كَانَ يَتَخَلَّصُ بِغَيرِ ضَرَرٍ جَازَ البَيعُ فِي السَّيفِ وَبَطَلَ فِي الحِليَةِ) لِأَنَّهُ أَمكَنَ إفرَادُهُ بِالبَيعِ فَصَارَ كَالطَّوقِ وَالجَارِيَةِ، وَهَذَا إذَا كَانَت الفِضَّةُ المُفرَدَةُ أَزيَدَ ....

تسليمه على البائع، كما لا يجب تسليم الجوهر على الغاصب إذا ركبَّه في حُلية، ولا يمكن تخليصُه إلا بضرر يلحق الغاصب، مع أنه جانٍ، ولم يجز البائع.

فإن قيل: ينبغي أن تجعل الحُلية تبعًا للسيف.

قلنا: إنما عقل الشيء تبعًا لغيره إذا كان مكملًا للمعنى المقصود من الأصل، وهاهنا المقصود من الحُلية غير المقصود من السيف.

فإن قيل: إن البائع رضي بضرر التخليص حيث باعه مَركبًا، مع علمه أن البيع يقتضي التسليم، ولم يُوجَد من الغاصب رضا ضرر التخليص.

قلنا: لا نسلِّم أنه رضي به؛ لأنه باع كليهما، وظنه وجوب التسليم بالسيف لا بطريق الانفراد، ولأنه بدا له الرجوع عنه، وله البدء لا رضي بإتلاف شيءٍ من حاله، ثم بدا له قبل الإتلاف ألا يتلف ـ فيكون له ذلك، كالغاصب إذا رضي بالتخليص، فلو رجع عن ذلك لا يجب التخليص، فكذا هاهنا، وبطل في الحلية.

فإن قيل: فيه تفريق الصفقة؛ فينبغي ألا يجوز في الكل.

قلنا: التفريق إنما يكون بعد العقد، والعقد لم ينعقد في الحُلية؛ لفقد شرط الجواز.

فإن قيل: لا كذلك، فإن العقد موجود فيهما، بدليل قوله: وبطل العقد.

قيل: اختلف المشايخ فيه على أن التفريق إنما يكون أن لو كان هذا مضافًا إلى العاقد كما قال في النظائر، ولم يوجد؛ إذِ المرادُ بالبُطلان عدم الانعقاد، وهو الظاهر.

قوله: (الفضة المفردة أزيد)، وفي المبسوط: فأما بيع الحُلية مع السيف بالفضة فعلى أربعة أوجه:

....

إن كان يعلم أن فضة الحُلية أكثر فهو فاسدٌ(١)، وكذلك إن كانت فضتها مع النقد في الوزن؛ لأن الجفن والحمائل يكون فضلًا خاليًا عن العوض؛ إذْ مقابلة الفضة بالفضة في البيع يكون بالأجزاء.

وإن كان يعلم أن الفضة في الحُليةِ أقل ـ جاز العقد(٢)، على أن يجعل المثل بالمثل، والباقي بإزاء الجفن والحمائل عندنا(٣)، خلافًا للشافعي(٤) فإن عنده لا يجوز بيع بعضه ببعض في مال الربا على أحد العوضين جنس آخر يخالفه في القيمة. كذا في الحلية(٥).

وكذا لا يجوز عندَه بيع الفضة البيضاء بالسوداء، ومع البيضاء ذهب أو فلوس أو عرض؛ لأن الانقسام على مذهبه باعتبار القيمة، فيصيب البيضاء أكثر من وزنها الفضة السوداء، وكذا لا يجوز عنده بيعُ المحلّى بالذهب والفضة بجنسها.

له حديث فضالة بن عبيد أنه قال: أصبت قلادة يوم خيبر [٢/١٥٦/أ] فيه خرز وذهب، فبعتها باثني عشر دينارًا، فسألت النبي ﷺ عنه، فقال: «**يَفْضَل، لَا حتّى**»(٦)(٧).

وتأويله عندنا إذا كان يعلم أيهما أكثر وزنًا، أو يعلم أن الذهب في القلادة أكثر من المنفصل أو مثله، وفي هذه الوجوه لا ينعقد العقد عندنا(٨).

وإن كان لا يدري أيهما أقل فالعقد فاسدٌ عندنا؛ لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل، وعند زفر يجوز لأصل هو الجواز، والمفسد هو الفضل الخالي، فما لم يعلم به يكون العقد محكومًا بجوازه.

وجوابُه: ما ذكر في المتن من وجهين: الوجهان المساواة والنقصان كما

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء (٣/ ٣٣).
(٢) انظر: تحفة الفقهاء (٣/ ٣٢).
(٣) انظر: المبسوط للسرخسي (١٤/ ٥).
(٤) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ١١٣).
(٥) انظر: المبسوط للسرخسي (١٤/ ٥).
(٦) كذا في النسخ الخطية، والذي في الحديث: «لا حتى يفصل».
(٧) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١٣ رقم ١٥٩١).
(٨) انظر: تحفة الفقهاء (٣/ ٣٣).

مِمَّا فِيهِ، فَإِن كَانَت مِثلَهُ، أَو أَقلَّ مِنهُ، أَو لَا يَدرِي، لَا يَجُوزُ البَيعُ لِلرِّبَا أَو لِاحتِمَالِهِ، وَجِهَةُ الصِّحَّةِ مِن وَجه وَجِهَةُ الفَسَادِ مِن وَجهَين فَتَرَجَّحَت.

قَالَ: (وَمَن بَاعَ إِنَاءَ فِضَّة ثُمَّ افتَرَقَا، وَقَد قَبَضَ بَعض ثَمَنِهِ: بَطَلَ البَيعُ فِيمَا لَم يُقبَض، وَصَحَّ فِيمَا قُبِضَ، وَكَانَ الإِنَاءُ مُشتَرَكا بَينَهُمَا) لِأَنَّهُ صَرفٌ كُلُّهُ، فَصَحَّ فِيمَا وُجِدَ شَرطُهُ، وَبَطَلَ فِيمَا لَم يُوجَد، وَالفَسَادُ طَارِئٌ، لِأَنَّهُ يَصِحُّ ثُمَّ يَبطُلُ بِالِافتِرَاقِ فَلَا يَشِيعُ. قَالَ: (وَلَو استُحِقَّ بَعضُ الإِنَاءِ فَالمُشتَرِي بِالخِيَارِ، إن شَاءَ أَخَذَ البَاقِيَ بِحِصَّتِهِ وَإِن شَاءَ رَدَّهُ) لِأَنَّ الشَّرِكَةَ عَيبٌ فِي الإِنَاءِ.

ذكرنا، وجهة الجواز واحد، وهو ما إذا كان أيدعي لا يدري[١] أزيد من الحلية في السيف.

(فترجَّحت) أي: جهة الفساد.

فإن قيل: قد ذُكر في الأصول أن الترجيح بكثرة العلة لا يجوز، وهاهنا كذلك؛ لأن كل واحدٍ من الجهتين علة تامة لعدم الجواز، فلا يصلح للترجيح.

قلنا: مراده أنه إذا كان أحدهما يكفي للحكم بعدم الجواز، فما ظنك [عند اجتماعهما! يعني لو استوت الجهتان لترجحت جهة الفساد احتياطًا، فما ظنك][٢] إذا كانت جهة الفساد أكثر! كذا نُقل عن العلامة شمس الأئمة الكردري رحمه الله.

قوله: (والفساد طارئ) لأن العقد انعقد صحيحًا، ثم فسد لعدم القول الأصح.

(فلا يشيع) أي: الفساد، كما إذا باع عبدين، ومات أحدهما قبل القبض؛ فإن البيع يبقى في الباقي، ويبطل في الهالك، ولا يثبت الخيار للمشتري بفعله، وهو عدم النقد في بدل الصرف.

بخلاف المسألة الثانية فإن الفساد لا بفعله، وهو الاستحقاق.

(لأن الشركة في الإناء عيبٌ)؛ لأنها تنقص بالتبعيض، والإناء ينقص بالتبعيض، بخلاف ما مرَّ؛ لأن الشركة فيه وقعت بصنعه.

---

(١) هكذا في الأصول الخطية.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(وَمَن بَاعَ قِطعَةَ نُقرَة ثُمَّ استُحِقَّ بَعضُهَا، أَخَذَ مَا بَقِيَ بِحِصَّتِهَا وَلَا خِيَارَ لَهُ) لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّهُ التَّبعِيضُ. قَالَ: (وَمَن بَاعَ دِرهَمَينِ وَدِينَارًا بِدِرهَم وَدِينَارَينِ، جَازَ البَيعُ وَجُعِلَ كُلُّ جِنس بِخِلَافِهِ) وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَا يَجُوزُ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ: إِذَا بَاعَ كُرَّ شَعِير وَكُرَّ حِنطَة بِكُرَّي شَعِير وَكُرَّي حِنطَة، وَلَهُمَا: أَنَّ فِي الصَّرفِ إِلَى خِلَافِ الجِنسِ تَغيِيرَ تَصَرُّفِهِ، لِأَنَّهُ قَابَلَ الجُملَةَ بِالجُملَةِ، وَمِن قَضِيَّتِهِ الِانقِسَامُ عَلَى الشُّيُوعِ لَا عَلَى التَّعيِينِ، ....

وقال زفر والشافعي[١]: لا يجوز، وبقولهما قال أحمد[٢]، وقولهما القياس، ومعنى مسألة مُدّ عجوة وزبيب بمُدَّي عجوة وزبيب.

قوله: (ومن قضيته)، المقابلة على تأويل التقابل **(الانقسام على الشيوع لا على التعيين)**، ألا ترى أن من اشترى جارية وعبدًا بفرس وثوب، فاستحق العبد يرجع بقيمة العبد من الفرس والثوب جميعًا، ولولا أن قضية المقابلة الانقسام على الشيوع لما رجع في الثوب والفرس جميعًا.

وذكر في الإيضاح: ومعنى الشيوع، وهو أن يكون لكل واحدٍ من البدلين حظ من جملة الآخر، وفي مذهبهما تخاطئ.

(لأنه قابل الجملة بالجملة)، والجملتان مختلفتان فينبغي أن يجوز عندهما أيضًا.

ويمكن أن يجاب عن قولهما بأنه لا يجوز ذلك البيع؛ لإفضائه إلى المنازعة عند الفسخ إذا استحق أحد العوضين؛ لأنه لا يدري بكم بقي الباقي أي: بأي شيء بقي الباقي، وفيه نوع تأمل.

وفي شرح الوجيز[٣]: المماثلة فيهما بالتقويم، والتقويم تخمين قد يكون صوابًا وقد لا يكون، والمماثلة المعتبرة في الربا هي المماثلة الحقيقية، واعترض إمام الحرمين عليه بأن العقد لا يقتضي توزيعه متصلًا[٤]؛ بل مقتضاه

---

(١) انظر: حاشية الشبراملسي (٣/ ٤٣٨).
(٢) انظر: الفروع (٦/ ٣٠٢)، مطالب أولي النهى (٣/ ١٦٢).
(٣) العزيز شرح الوجيز (٤/ ٨٥).
(٤) انظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٣٨).

وَالتَّغْيِيرُ لَا يَجُوزُ وَإِن كَانَ فِيهِ تَصحِيحُ التَّصَرُّفِ، كَمَا إِذَا اشتَرَى قَلبًا بِعَشَرَة وَثَوبًا بِعَشَرَة ثُمَّ بَاعَهُمَا مُرَابَحَة لَا يَجُوزُ، وَإِن أَمكَنَ صَرفُ الرِّبحِ إِلَى الثَّوبِ، وَكَذَا إِذَا اشتَرَى عَبدًا بِأَلفِ دِرهَم ثُمَّ بَاعَهُ قَبلَ نَقدِ الثَّمَنِ مِن البَائِعِ مَعَ عَبد آخَرَ بِأَلف وَخَمسِمِائَة لَا يَجُوزُ فِي المُشتَرَى بِأَلف وَإِن أَمكَنَ تَصحِيحُهُ بِصَرفِ الأَلفِ إِلَيهِ. وَكَذَا إِذَا جَمَعَ بَينَ عَبدِهِ وَعَبدِ غَيرِهِ وَقَالَ: بِعتُك أَحَدَهُمَا لَا يَجُوزُ وَإِن أَمكَنَ تَصحِيحُهُ بِصَرفِهِ إِلَى عَبدِهِ. وَكَذَا إِذَا بَاعَ دِرهَما وَثَوبًا بِدِرهَم وَثَوب وَافتَرَقَا مِن غَيرِ قَبض، فَسَدَ العَقدُ فِي الدِّرهَمَينِ وَلَا يُصرَفُ الدِّرهَمُ إِلَى الثَّوبِ لِمَا ذَكَرنَا.

مقابلة الجملة بالجملة، ومقابلة الجزء الشائع مما في أحد الشقين لمثله بما في الشق الآخر، ولا ضرورة إلى تكليف توزيع يؤدي إلى التفاضل، والمعتمدُ عندي في التعليل أنا تعبدنا بالمماثلة تحقيقًا، وهاهنا لم يتحقق، فيفسد العقد.

قال صاحب الوجيز: فللخصم أن يقول: تعبدنا بتحقيق المماثلة فيما إذا تمحضت مقابلة شيء منها بجنسه أم على الإطلاق؟

فإن قلت: الثاني ـ فممنوعٌ.

وإن قلتَ: الأول ـ فمُسلّم، لكنه ليس صورة المسألة[١].

(اشترى قلبًا) أي: قلبًا وزنه عشرة بعشرة **(وإن أمكن تصحيحه)** أي: تصحيح البيع **(بصرف الألف إليه)**؛ أي: إلى المشتري؛ لأنه لو صرف الألف إلى المشتري لا يكون شراء ما باع بأقل ممَّا باع قبل نقد الثمن؛ بل يكون شراء ما باع بمثل ما باع، ومع ذلك لا يصرف الألف؛ لأنه لو صرف يلزم تغيير تصرفه، وهو العقد، وتصحيح كلامه على الوجه الذي باشره واجبٌ، وإنما باشره على أن يكون الكل مباشرًا بالكل، لا على أن يكون الفرد مقابلًا بالفرد.

(ولا يصرف)؛ أي: الدرهم **(لما ذكرنا)** وهو قوله: (ومن قضية الانقسام الشيوع) ومن الانقسام على الشيوع يلزم عدم الجواز؛ لأنا نعلم يقينًا أن أجزاء الدينارين ودرهم أكثر من أجزاء الدرهمين ودينار، فيلزم حقيقة الربا أو شبهته

---

(١) العزيز شرح الوجيز (٨/ ١٧٥).

وَلَنَا: أَنَّ المُقَابَلَةَ المُطلَقَةَ تَحتَمِلُ مُقَابَلَةَ الفَردِ بِالفَردِ، كَمَا فِي مُقَابَلَةِ الجِنسِ بِالجِنسِ، وَأَنَّهُ طَرِيقٌ مُتَعَيَّنٌ لِتَصحِيحِهِ فَيُحمَلُ عَلَيهِ تَصحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ، ....

فلا يجوز؛ ولأنا لا نعلم كم جزءًا من هذا بكم جزء من الجانب الآخر؟ وصار بمعنى بيع الموزون بالموزون مجازفة، وأنه لا يجوز.

(**ولنا أن المقابلة**) يعني العقد يقتضي مطلق المقابلة، لا مقابلة الكل بالكل، ولا مقابلة الفرد بالفرد من جنسه، أو من خلاف جنسه، فاللفظ مطلق غير متعرض لواحدٍ منهما؛ لكن [٢/١٥٦/ب] مع هذا (**تحتمل مقابلة الفرد بالفرد**).

قوله: (**وأنه**) أي: مقابلة الفرد، على تأويل التقابل (**طريق متعين لتصحيحه**) أي: لتصحيح العقد، بأن يكون الواحد بالواحد، والاثنان بالاثنين، فيلزم منه صرف الشيء إلى خلاف جنسه، فيصح الجنس، فيصح العقد.

(**فيحمل عليه**) أي: على مقابلة الفرد بالفرد، على تأويل التقابل؛ إذْ تصحيح كلام العاقل بقضية ديانته وعقله واجبٌ ما أمكن؛ ولهذا حُمل كلامه على المجاز في موضع لا يصح إلا بالحمل عليه، ويدرج في كلامه زيادة لم يتلفظ بها في موضع لا يصح إلا بذلك الطريق.

ولهذا قلنا جميعًا: إذا باع بألف درهم، وفي البلد نقود مختلفة، وبعضها أروج - يحمل مطلق كلامه عليه تصحيحًا له، وإن كان فيه تقييد كلامه، ثم المصنف ادعى أولًا مقابلة الفرد بالفرد؛ نفيًا لقول الخصم، فإنه يقول بالانقسام على الشيوع، وعدم احتمال العقد مقابلة الفرد بالفرد لتصحيح العقد.

فإن قيل: لا نسلم أن طريق الصحة متعين فيما قلتم؛ بل له آخر أيضًا، وهو أن يقابل درهم من الدرهمين بمقابلة درهم ودينار من الدينارين لمقابلة دينار ودينار من الدينارين لمقابلة باق من الدرهمين.

قلنا: ما قلنا متعين للصحة لقلة وقوع التغيير وذلك لأن فيما ذكرت تغييرين، وذلك صرف درهم إلى دينار، وديناربن إلى درهمين، وفيما ذكرت ثلاث تغييرات، وهي: صرف درهم إلى درهم، ودينار إلى دينار، ودرهم إلى دينار، فكان ما قلنا أولى.

وَفِيهِ تَغْيِيرُ وَصفِهِ لَا أَصلِهِ، ....

وفي الإيضاح: الأصل في هذا الباب أن صفقة البيع إذا اشتملت على أبدال وجب قسمة أحد البدلين على الآخر، وتظهر الفائدة في الرد والرجوع باليمين عند الاستحقاق، ووجوب الشفعة فيما تجب فيه الشفعة، فإن كان العقد لا ربا فيه، فإن كان مما لا يتفاوت ـ فالقسمة على الأجزاء، وإن كان مما يتفاوت ـ على القيمة، وأما ما فيه الربا فتجب القسمة على الوجه الذي يصح به العقد.

وفي الذخيرة: الأصل في الأموال الربوية صرف الجنس إلى الجنس في المبادلات إذا لم يكن فيه فساد المبادلة، أما لو كان فيه الفساد يُصرف إلى خلاف الجنس، وإنما وجب صرف الجنس إلى الجنس بالنصِّ، وهو قوله ﷺ: «**الذّهبُ بالذّهبِ...**»[1]، الحديث، وتنوع من المعنى، وهو أنه لو صُرف إلى خلاف الجنس استغنينا عنه، فإنه لا مزية لأحدهما على الآخر في المالية، ولو كان فيه فساد العقد يُصرَف إلى خلاف الجنس؛ إذْ لا نصَّ فيما فيه فسادٌ، فيطلب فيه دليل آخر، وهو ظاهر العقل والديانة، فإن ظاهر حال العاقل المتدين مباشرة الجائز لا الفاسد، والجواز هاهنا في الصرف إلى خلاف الجنس.

(**وفيه**) أي: فيما قلنا من مقابلة الفرد بالفرد (**تغيير وصفه**) أي: وصف العقد وهو بطلان صفة الشيوع؛ لما قلنا: إن مقابلة الجملة بالجملة يقتضي الانقسام على الشيوع ولكن فيما قاله الخصم تغيير.

(**أصله**) أي: أصل العقد؛ لأن أصل العقد الصحيح يوجب الملك قبل القبض، ويلزم تغيير أصل العقد لرعاية وصف العقد، فكان ما قلنا أهون التغييرين، فكان أولى.

ومن المبسوط[2]: لو صُرف إلى خلاف الجنس صح العقد، ولا معارضة بين الجائز والفاسد؛ فإن الجائز مشروعٌ بأصله ووصفه، والفاسد مشروع بأصله حرام بوصفه، وإذا لم تتحقق المعارضة فيتغير ما هو مشروع من كل وجه لا ما هو مشروع من وجه.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) المبسوط للسرخسي (١٤/ ١٤).

لِأَنَّهُ يَبقى مُوجِبُهُ الأَصلِيُّ وَهُوَ ثُبُوتُ المِلكِ فِي الكُلِّ بِمُقَابَلَةِ الكُلِّ، وَصَارَ هَذَا كَمَا إِذَا بَاعَ نِصفَ عَبد مُشتَرَك بَينَهُ وَبَينَ غَيرِهِ يَنصَرِفُ إِلَى نَصِيبِهِ تَصحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ بِخِلَافِ مَا عُدَّ مِن المَسَائِلِ.

أَمَّا مَسأَلَةُ المُرَابَحَةِ: فَلِأَنَّهُ يَصِيرُ تَولِيَةً فِي القَلبِ بِصَرفِ الرِّبحِ كُلِّهِ إِلَى الثَّوبِ. وَالطَّرِيقُ فِي المَسأَلَةِ الثَّانِيَةِ غَيرُ مُتَعَيِّن، لِأَنَّهُ يُمكِنُ صَرفُ الزِّيَادَةِ عَلَى الأَلفِ إِلَى

(لأنه) أي: عقد المرابحة **(يصير تولية)** فإن الربح لو صُرف إلى الثوب خاصة كان بائعًا القلب الذي وزنه عشرة دراهم بعشرة دراهم، وهو تولية في القلب، والتولية ضد المرابحة، والشيء لا يتناول ضده، ولو صرفنا المرابحة فيهما كما ذكر يفسد العقد؛ لأنه يصيرُ ربا في القلب؛ فلذلك تعّين البطلان.

(والطريق) أي: طريق الجواز **(في المسألة الثانية)** وهي ما إذا باع العبد قبل نقد الثمن **(غيرُ متعين)** يعني: طريق الجواز فيها متعدد، فإنه كما يمكن تصحيح تصرفه تصرف الألف إلى العبد المشتري تمكن تصحيحه بصرف الألف ومائة إليه، فلا يكون سلوك بعض الطريق أولى من سلوك البعض.

وفي المبسوط[1]: وأما مسألة العبدين فقلنا: معنى المعارضة يتحقق هناك، فإن جهات الجواز تكثر، فإنه لو جعل بمقابلته من الثمن الأول ـ جاز، وكذا لو جعل بمقابلة أكثر من الثمن الأول بدرهم ـ جاز، أو بدرهمين أو بثلاثة دراهم؛ فلكثرة جهات الجواز يجبُ المصيرُ إلى الانقسام باعتبار القيمة، وهاهنا لا وجه للجواز إلا واحدٌ، [٢/١٥٧/أ] وهو صرف الجنس إلى خلاف الجنس.

فإن قيل: هاهنا جهات الجواز تكثر، فإنه إذا جعل الدرهم بمقابلة الدينارين يجوز، ولو جعل نصف درهم بمقابلة نصف درهم، والنصف الآخر بمقابلة الدينار، ونصف دينار بمقابلة نصف دينار، والباقي بمقابلة درهم ونصف ـ يجوز أيضًا.

قلنا: نعم، ولكن هذا صرف الجنس إلى خلاف الجنس، ونحن ادعينا أنه لا وجه للجواز إلا هذا الطريق، فكيف ما يشتغل به لا يخرج من أن يكون صرف الجنس [إلى خلاف الجنس][2] طريقًا متعينًا في الجواز؟

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٩٠).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الْمُشْتَرِي. وَفِي الثَّالِثَةِ: أُضِيفَ البَيعُ إِلَى الْمُنَكَّرِ، وَهُوَ لَيسَ بِمَحَلٍّ لِلبَيعِ وَالْمُعَيَّنُ ضِدُّهُ.

وَفِي الأَخِيرَةِ: العَقدُ انعَقَدَ صَحِيحًا، وَالفَسَادُ فِي حَالَةِ البَقَاءِ، وَكَلَامُنَا فِي الِابتِدَاءِ.

وفي الكافي: التعدد إنما يمنع الجواز إذا لم يكن لأحد الوجوه ترجيحٌ، ولما ذكرنا رجحان؛ لأن العقد ورد على اسم الدرهم بتجويزه مع بقاء اسم الدرهم، وفيما ذكرتم لم يبقَ، وهكذا نقل عن حاشية كتاب شيخ شيخي مولانا فخر الدين رحمهما الله.

(**وهو**) أي: المنكر (**ليس بمحل للبيع**) لجهالته.

(**وَالْمُعَيَّنُ ضده**) أي: ضد المنكر فلا يتناول النكرة المعرفة عينًا، وفيه نوع تأمل.

ويشكل عليه مسألة عبدي، أو: حماري حرّ، فإن عند أبي حنيفة يعتق العبد؛ لاستعارة المنكر المعرفة.

وقيل: تصحيح العقد يجب في محل أضيف العقد إليه، والعقد لم يُضف إلى المعين، وفيه نوع تأمل أيضًا.

(**والأخيرة**) أي: المسألة الأخيرة، وهي ما إذا باع درهمًا وثوبًا بدرهم وثوب، وافترقا من غير قبض العقد انعقد صحيحًا، سواء كان الجنس مقابلًا بالجنس أو بخلافه، والفساد يجيء بعد الصحة بعارض الافتراق لا عن قبض، وقد ذكرنا أن القبض شرط بقاء العقد على الصحة، وصرف الجنس إلى خلافه لتصحيح العقد، وهو صحيح بدونه، وليس كلامنا في الفساد الطارئ، فلا يرد علينا نقضًا. كذا في المبسوط[1] والكافي.

فإن قيل: يصرف الجنس إلى خلافه ليبقى صحيحًا، كما يصرف هنا لينعقد صحيحًا.

قلنا: الفساد ثَمَّ موهوم؛ لجواز أن يتقابضا في المجلس، وهنا متحقق.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٥٤).

قَالَ: (وَمَن بَاعَ أَحَدَ عَشَرَ دِرهَمًا بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَدِينَار، جَازَ البَيعُ وَتَكُونُ العَشَرَةُ بِمِثلِهَا وَالدِّينَارُ بِدِرهَم) لِأَنَّ شَرطَ البَيعِ فِي الدَّرَاهِمِ التَّمَاثُلُ عَلَى مَا رَوَينَا، فَالظَّاهِرُ: أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ ذَلِكَ فَبَقِيَ الدِّرهَمُ بِالدِّينَارِ وَهُمَا جِنسَانِ وَلَا يُعتَبَرُ التَّسَاوِي فِيهِمَا.

(وَلَو تَبَايَعَا فِضَّة بِفِضَّة أَو ذَهَبًا بِذَهَب، وَأَحَدُهُمَا أَقَلُّ، وَمَعَ أَقَلِّهِمَا شَيءٌ آخَرُ

قوله: (فالظاهر أنه) أي: البائع **(أراد به)** أي: بالعقد **(ذلك)** أي: كون العشرة بالعشرة حملًا لأمره على الصلاح، وإنما أورد هذه المسألة؛ لما أن في المسألة المتقدمة صرف كل الجنس إلى خلاف الجنس، وفي هذه صرف الجنس إلى الجنس، وهو العشرة بالعشرة، وصرف الجنس إلى خلاف الجنس، وهو الدينار بالدرهم، وعند الشافعي لا يجوز هذا أيضًا[(١)].

قوله: (تبايعا فضة بفضة) صورته: ما إذا باع عشرة وثوبًا بخمسة، ذكر هذه المسألة في الإيضاح على الخلاف، فقال: ما رُوي عن محمد أنه إذا باع الدراهم بالدراهم وفي أحدهما فضل من حيث الوزن، وفي الجانب الذي لا فضل فيه فلوس قال: هو جائز في الحكم، ولكن أكرهه حتى رُوي أنه قيل لمحمد: كيف تجد ذلك في قلبك؟ فقال: مثل الجبل.

وقال أبو حنيفة: لا بأس به؛ لأنه أمكن تصحيحه بأن يجعل الجنس بالجنس، والزيادة بإزاء الفلوس، وإنما كره محمدٌ ذلك؛ لأنه إذا جاز على الوجه ألف الناس التفاضل واستعملوه فيما لا يجوز، وهكذا ذكر في المحيط[(٢)] أيضًا وإن لم يبلغ، كالجوزة وكف من زبيب.

وقيل: إنما كره؛ لأنهما باشرا الحيلة لسقوط الرِّبا، كبيع العَيّنة، فإنه مكروهٌ لهذا.

فإن قيل: لو كان هذا مكروهًا [لكان البيع في المسألة الأولى مكروهًا][(٣)] أيضًا؛ إذْ هو عين هذه المسألة.

قلنا: إنما لم يذكر الكراهة هناك؛ لأنه وضع المسألة فيما إذا كان الزائد

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ١١٣).
(٢) المحيط البرهاني (٧/ ٢٢٧).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

تَبلُغ قِيمَتُهُ بَاقِي الفِضَّةِ: جَازَ البَيعُ مِن غَيرِ كَرَاهِيَة، وَإن لَم تَبلُغ: فَمَعَ الكَرَاهَةِ، وَإِن لَم يَكُن لَهُ قِيمَةٌ كَالتُّرَابِ: لَا يَجُوزُ البَيعُ) لِتَحَقُّقِ الرِّبَا، إذ الزِّيَادَةُ لَا يُقَابِلُهَا عِوَضٌ فَيَكُونُ رِبا.

قَالَ: (وَمَن كَانَ لَهُ عَلَى آخَرَ عَشَرَةُ دَرَاهِمَ فَبَاعَهُ الَّذِي عَلَيهِ العَشَرَةُ دِينَارًا بِعَشَرَةِ

دينارًا بمقابلة الدرهم، وقيمة الدينار تبلغ الدرهم ويزيد، وفي هذه الصورة لا كراهة، وإنما الكراهة فيما إذا لم تبلغ قيمة ذلك الشيء المضموم قيمة باقي الفضة، وعند الشافعي لا يجوز الكل.

وجه قوله ما مرَّ من حديث فضالة الاعتبار بانقسام العوضين على القيمة؛ ليتحقق الربا، وهو الفضل الخالي عن العوض في الطرف الآخر.

قوله: (ومن كان له على الآخر) إلى آخره؛ هذه المسألة على وجهين: إما إن باع الدينار بالعشرة التي عليه، أو باعه بعشرة مطلقة، وقبض الدينار وجعل ثمن الدينار قصاصًا بالعشرة؛ فالأول جائزٌ بلا خلاف لما يجيء، والثاني جائزٌ استحسانًا، والقياس ألا يجوز، وهو قول زفر والشافعي(١)، وأجمعوا على أنهما ما لم يتقاصا لا تقع المقاصة.

وفي الكافي: هنا ثلاثة فصول:

الأول: هو ما إذا أضيف العقد إلى الدين فإنه يصح إجماعًا، ويجب بالعقد، ثم لا يجب تعيينه، ولا يجب به قبض معين، وذلك صحيح؛ لأن تعيين أحد العوضين في الصرف للاحتراز عن الدَّين بالدَّين، وتعيين الآخر للتفادي عن الربا، ولا ربا في دين يسقط، وإنما الرِّبا في دين يقع الخطر في عاقبته بأن يتوى عليه، فيسلم المقبوض عن التوى، والآخر على [٢/ ١٥٧/ب] خطر التوى فيتحقق الفضل؛ فلهذا حَرُم بيع الدين، ولو تصارفا دراهم بدينار دين صح؛ لفوات الخطر في دين ثابت قبل البيع يسقط بالبيع.

والثاني: ما إذا أطلق البيع، فإنه وجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض المعين احترازًا عن الربا، والدَّين ليس بهذه الصفة؛ لأنه يسقط، والواجبُ

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٥/ ١١٣)، والمجموع (١٣/ ٤٢٩).

دَرَاهِمَ وَدَفَعَ الدِّينَارَ وَتَقَاصَّا العَشَرَةَ بِالعَشَرَةِ: فَهُوَ جَائِزٌ) وَمَعنَى المَسأَلَةِ: إِذَا بَاعَ بِعَشَرَةٍ مُطلَقَةٍ. وَوَجهُهُ: أَنَّهُ يَجِبُ بِهَذَا العَقدِ ثَمَنٌ يَجِبُ عَلَيهِ تَعيِينُهُ بِالقَبضِ ....

بالعقد لا يسقط، بل يجب تعيينه؛ فلهذا لم تقع المقاصة بنفس العقد؛ لعدم التجانس، فلو تقاصَّا صح استحسانًا، ولا يجوز قياسًا، وهو قول زفر.

والثالث: هو ما إذا أحدث دينًا بعد الصرف. وفي الكافي: الكل مذكور.

قوله: **(إذا باع بعشرة مطلقة)** بأن لم يقيده بالعشرة التي عليها، قيد به؛ لأنه لو أضاف العقد إلى العشرة التي عليه يجوز البيع بلا خلاف، وفي المطلقة جائزة عندنا استحسانًا، وعند زفر لا تجوز قياسًا.

وجه القياس أن هذا استبدال ببدل الصرف فلا يجوز، كما لو أخذ ببدل الصرف فلا يجوز كما لو أخذ ببدل الصرف عرضًا أو دينارًا.

أو نقول: لو صحَّ القصاصُ هاهنا لا يخلو إما أن يصير قصاصًا مع بقاء الصرف الأول، أو لا مع بقائه، لكن بانفساخه لا وجه للأول؛ لأن القصاص حينئذٍ يكون استبدالًا ببدل الصرف للاستيفاء، فإن علامة الاستيفاء قبض عين مضمون من جنس بدل الصرف، ولا وجه للثاني بوجهين:

أحدهما: أن ذلك بطريق الاقتضاء، وزفر لا يقول به.

والثاني: أن كونه قصاصًا ينفي تقدير الانفساخ والانعقاد لا يتحقق القصاص(١)؛ لاقتصار القصاص إلى سبق الإيجاب.

وجه الاستحسان أنهما لما أقدما على المقاصة، ولا صحة للمقاصَّة مع بقاء عقد الصرف، كما قاله زفر فينفسخ بيع الدينار بالعشرة المطلقة مقتضى به، كما يثبت البيع في قوله: أعتق عبدك عني بألف مقتضى به، وإذا انفسخ بيع الدينار بالعشرة بقي بائعًا الدينار بالعشرة التي عليه، فيصيرُ صرفًا بدين سابق وجوبه، وذلك جائز؛ لحديث ابن عمر أنه سأل رسول الله ﷺ فقال: إني لأكري إبلًا بالبقيع إلى مكة بالدراهم، وآخذ مكانها الدنانير، أو قال: بالدنانير، وآخذ مكانها الدراهم، فقال ﷺ: «**لَا بَأسَ بِهِ إذا افترقتَّما وَليسَ بَيْنَكُمَا عَمَلٌ**»، أي: تفرّق، وهذا وجه اختاره مشايخنا العراقيون.

---

(١) هكذا في الأصول الخطية، وفيه شيء.

لِمَا ذَكَرنَا، وَالدَّينُ لَيسَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ فَلَا تَقَعُ المُقَاصَّةُ بِنَفسِ المَبِيعِ لِعَدَمِ المُجَانَسَةِ،

وقال مشايخنا: هذا غبنٌ شديدٌ؛ لأنه لو انفسخ الصرف الأول يجب على مشتري الدينار رد الدينار على البائع بحكم الإقالة؛ لأن إقالة الصرف لها حكم الصرف؛ ولهذا لو جعل بدل الصرف قصاصًا بدين تأخر وجوبه بعقد باشره بعد الصرف في المجلس لا يجوز، ولو أمكن تصحيح المقاصة بالدين المتأخر في مسألتنا بانفساخ العقد الأول، وتجديد العقد ـ كما قال مشايخ العراق ـ أمكن تصحيح المقاصة، ويصيرُ المتأخر بمنزلة المتقدم.

والوجه الصحيح أنهما لما أقدما على المقاصة وجب تصحيحها ما أمكن، وأمكن تصحيحُ المقاصة بأن يجعل العقد المضاف إلى الدراهم المطلقة مضافًا إلى الدراهم الواجبة قبل الصرف فيكون تغيير الوصف العقد مع بقاء أصل العقد، كما قلنا في الزيادة على الثمن؛ بخلاف ما إذا جعله قصاصًا بدين متأخر بأن باع في مجلس الصرف من بائع الدينار ثوبًا بعشرة دراهم، وجعل ثمن الثوب قصاصًا ببدل الصرف؛ ففي رواية أبي سيلمان يجوز، وفقهه ما ذكرنا لمشايخ العراق.

وفي رواية أبي حفص لا يجوز، وهو الصحيح، فعلى هذه الرواية يحتاج إلى الفرق بين الدَّين المتقدم وبين المتأخر، والفرق أن العقد إذا تغيَّر تصحيحًا للمقاصة بالدَّين المتقدم يصيرُ كأنهما باشرا العقد في الابتداء إلى دين سيحدث، وذلك باطل لو نصَّ عليه، وبخلاف ما لو جعلا رأس مال السَّلَم قصاصًا بدين سبق وجوبه حيث لا يصح؛ لأن المُسْلِم فيه دين، ولو صحت المقاصة برأس المال يصير افتراقًا عن دين بدين، وذلك حرام بالنص.

أما هاهنا أحد العوضين وهو الدينار مقبوض، فلو صحت المقاصة يصير افتراقًا عن عين بدين، وهو غير منهي. كذا في الجامع الصغير لقاضي خان، والفوائد الظهيرية.

قوله: **(لما ذكرنا)** وهو قوله: لا بدَّ من قبض العوضين قبل الافتراق، ليس بهذه الصفة ألا يجب تعيينه بالقبض قبل الافتراق.

قوله: **(لعدم المجانسة)** أي: بين بدل الصرف والدَّين، فإن بدل الصرف

فَإِذَا تَقَاصَّا يَتَضَمَّنُ ذَلِكَ فَسخَ الأَوَّلِ وَالإِضَافَةَ إِلَى الدَّينِ، إذ لَولَا ذَلِكَ يَكُونُ

يجب أن يكون متعينًا بالقبض؛ لما روينا من الحديث، وهذا دين سبق [٢/ ١٥٨/أ] وجوبه، فينبغي ألا يجوز، وإن تقاصا، كما في السلم فإنه لا يجوز بالدَّين السابق، ولكن فيما نحن فيه يجوز لما ذكرنا في الكتاب، وهو قوله: **(يتضمن ذلك)** أي: المقاصة **(فسخَ الأول)** وهو بيع الدينار بعشرة مطلقة.

(والإضافةَ) بالنصب، عطف على فسخ؛ أي: يتضمن الإضافة؛ أي: إضافة العقد إلى الدين فصار كأنه قال: اشتريتُ منك هذا الدينار بالعشرة التي لك عليَّ وقَبِلَ الآخر؛ يعني: عند اتفاقهما على المقاصة يجعل كأنهما فسخا الأول، ثم جدَّدا العقد مضافًا إلى ذلك الدَّين.

وفي المبسوط: لما اتفقا على المقاصة فقد حولا عقد الصرف إلى ذلك الدين، ولو أضافا العقد إليه في الابتداء؛ لأنهما قصدا تصحيح هذه المقاصة ولا طريق له سوى هذا، وما لا يتوصل إلى المقصود إلا به يكون مقصود كل واحدٍ منهما؛ ولهذا شرطنا تراضيهما على المقاصة هاهنا، وإن كان في سائر الديون المقاصة تقع بدون التراضي؛ لأن هذا تحويل العقد إلى ذلك الدين، والعقد تم بهما، والتصرف فيه بالتحويل لا يكون إلا بتراضيهما، وعند التراضي العقد فيهما يملكان استدامته ورفعه، فيملكان التصرف فيه بطريق التحويل من محل إلى محل(١).

وهذا خيرٌ مما يقوله العراقيون [أن عند اتفاقهما على المقاصة يجعل كأنهما فسخا العقد الأول، ثم جدداه مضافًا إلى ذلك الدين](٢) لأنه لو كان الطريق هذا لم يجز؛ لأن الإقالة تصير رد المقبوض مستحقًا في المجلس؛ ألا ترى أنه لا يجوز القصاص بدين متأخر عن العقد في ظاهر الرواية! ولو كان بطريق فسخ الأول لجاز؛ فإن الدَّين المتأخر والمتقدم في ذلك سواء، وإنما الفرق بينهما على الطريق الأول، فإنهما يملكان تحويله إلى ما كان يصح منهما إضافة للعقد إليه في الابتداء، وذلك في الدَّين المتقدم دون المتأخر.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٤/ ٢٠، ١٩).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

اسْتِبْدَالا بِبَدَلِ الصَّرفِ، وَفِي الإِضَافَةِ إِلَى الدَّينِ تَقَعُ المُقَاصَّةُ بِنَفسِ العَقدِ عَلَى مَا

وقد أشار في الزيادات أن المقاصة تقع بالمتأخر أيضًا؛ ولكن المعتمد هو الأول. الكل من المبسوط[1]، وما ذكر في الكتاب يحتمل الوجهين.

فإن قيل: في فسخ العقد الأول والإضافة إلى الدَّين يلزم الدور، فيجب ألا يثبت واحد من المقاصة والمقتضى وهو الفسخ، وذلك أن المقاصّة إنما صحت إذا كان وجوب بدل الصرف قائمًا، فإذا بطل عقد الصرف بالفسخ كيف توجد المقاصة! والمقتضى إنما يكون لتصحيح المقتضي، فيبطل المقتضى هاهنا ـ وهو المقاصة ـ عند تحقق المقتضي ـ وهو الفسخ ـ إذِ المقاصة تقتضي قيام وجوب دين الصرف، فكيف يثبت الفسخ؟

قلنا: إنما تبطل المقاصة عند فسخ الأول إذا لم يتجدد عقدٌ جديد، وهاهنا قد جدد الصرف كما ذكرنا.

فإن قيل: فسخ الصرف ضمنًا ينبغي أن يشترط القبض؛ لأن الإقالة بيع في حق الثالث، والشرع ثانيهما، فكان تبعًا في حقه.

قلنا: صارت الإقالة هاهنا في ضمن المقاصة، فجاز ألا يثبت حكم البيع لمثل هذه الإقالة؛ بل يثبت حكم البيع إذا كانت الإقالة قصدًا، يكون استبدالًا بدل الصرف من حيث إن الدين لا يجب بعينه بالقبض قبل الافتراق، وهذا الدينار يقتضي بدلًا يجب تعيينه بالقبض قبل الافتراق، فيكون استبدالًا من حيث الوصف.

وفي المبسوط: مشتري الدراهم يملك مكان بدل الصرف، وهو مثمن من وجه، فكان استبدالًا، وأنه لا يجوز.

(وفي الإضافة إلى الدَّين) أي: الدين الذي عليه، وهو العشرة التي عليه **(تقع المقاصة بنفس العقد)**.

فإن قيل: ينبغي ألا يقع؛ لأنه يكون بيع العين بالدين، وبيع العين بالدين لا يصح في الصرف؛ لاشتراط قبض البدلين؛ ولهذا لا يجوز الافتراق بعد قبض أحدهما قبل الآخر.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٤/ ٢٠).

نُبَيِّنُهُ، وَالفَسخُ قَد يَثبُتُ بِطَرِيقِ الِاقتِضَاءِ، كَمَا إِذَا تَبَايَعَا بِأَلف ثُمَّ بِأَلف وَخَمسِمِائَة، وَزُفَرُ يُخَالِفُنَا فِيهِ، لِأَنَّهُ لَا يَقُولُ بِالِاقتِضَاءِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ الدَّينُ سَابِقًا. فَإِن كَانَ لَاحِقا فَكَذَلِكَ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَينِ، لِتَضَمُّنِهِ انفِسَاخَ الأَوَّلِ، وَالإِضَافَةَ إِلَى دَين قَائِم

قلنا: إن تعيين أحد العوضين في الصرف إنما اشترط للاحتراز عن الدَّين بالدَّين، وتعيين الآخر للاحتراز عن الربا ولا ربا في دين يسقط، وإنما ذلك في دين يقع الخطر في عاقبته؛ ولهذا لا يصح بيع الدَّين بالدين، ولو تصارفا دراهم دينار بدينار دين ـ يصح لما قلنا من فوت معنى الخطر. كذا في جامع البزدوي.

(لأنه) أي: زفر **(لا يقول بالاقتضاء)**.

فإن قيل: يشكل عليه التسري بأن قال: إن تسريتك فإن الملك يثبت عنده فيه بطريق الاقتضاء.

قلنا: لا نسلم أنه يثبت بطريق الاقتضاء، بل يثبت بطريق الدلالة.

(وهذا) أي: ما ذكرنا من التقاص والفسخ والإضافة إلى الدين **(إذا كان الدين سابقًا)** أي: على العقد **(فإن كان)** أي: العقد **(لاحقًا)** بأن اشترى دينارًا بعشرة، ثم باع مشتري الدينار من البائع ثوبًا بعشرة، لا تقع المقاصة بنفس العقد؛ لأن في المتقدم لا يقعُ، ففي المتأخر أولى، وكذا لو تقاصَّا في [٢/ ١٥٨/ب] رواية.

قال شمس الأئمة: لا تجوز المقاصة هنا[١]؛ لأن الدين لاحِقٌ، والنبي ﷺ جوَّز المقاصة في دين سابق قبل عقد الصرف لما ذكرنا من حديث ابن عمر، وفي رواية: تقع المقاصة، وهو رواية أبي سليمان وهو الأصح[٢]، واختاره صاحب الكتاب، وفخر الإسلام، واختار شمس الأئمة وقاضي خان عدم الصحة وهو رواية أبي حفص.

(لتضمنه) أي: لتضمن التقاص فسخ الصرف الأول، وإنشاء صرف آخر؛ لأنهما لما تقاصَّا صار كأنهما جدَّدا عقدًا جديدًا مكان الدين سابقًا على المقاصة، وهو قوله: **(والإضافة)** أي: إضافة عقد الصرف **(إلى دين قائم)** أي:

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٤/ ٢٠).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (١٤/ ٢٠).

وَقتَ تَحوِيلِ العَقدِ فَكَفَى ذَلِكَ لِلجَوَازِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ بَيعُ دِرهَم صَحِيح وَدِرهَمَي غَلَّة بِدِرهَمَينِ صَحِيحَينِ وَدِرهَم غَلَّة) وَالغَلَّةُ: مَا يَرُدُّهُ بَيتُ المَالِ وَيَأخُذُهُ التُّجَّارُ. وَوَجهُهُ تَحَقُّقُ المُسَاوَاةِ فِي الوَزنِ وَمَا عُرِفَ مِن سُقُوطِ اعتِبَارِ الجَودَةِ.

ثابت **(وقت تحويل العقد)** التقابض يضمن فسخ الصرف الأول وإنشاء صرف آخر، فكان صرفًا بدين مستحق وجوبه، ومَن أحكم ما بيّنا يتضح له ما ذكر في الزيادات في نظيره.

قوله: (بيع درهمين صحيحين) إلى آخره، وعند الشافعي لا يجوز[١] هذا أيضًا؛ لما ذكرنا في مسألة درهمين ودينارًا.

(ما يَرُدُّهُ بيت المال) أي: لزيافتها، بل لكونها قطعًا.

وفي المغرب[٢]: الغلة من الدراهم هي المقطعة التي في القطعة منها قيراط وطسوج أو حبة، كذا عن أبي يوسف، حتى قال في الإيضاح: يكره أن يقرضه غلة ليرده عليه صحيحًا.

وللشافعي أن البدل مختلفٌ، فانقسم عوضه على قيمته، وصار حصة العلة أقل من وزنها، فلا يجوز، فأصله مطرد فلا يكون البدلان من مال الربا، ولكن بينهما مخالفة.

(ووجهه) أي: وجه جواز هذا البيع **(تحقق المساواة في الوزن)** حاصلة، والجودة ساقطة الاعتبار عند المقابلة بالجنس، فلم تكن المقابلة بالقيمة.

وقوله: (وما عُرف) عطف على قوله **(تحقق المساواة)** أي: الذي عرف من اعتبار سقوط الجودة بقوله ﷺ: «**جَيِّدُها ورَدِيئها سَوَاءٌ**»[٣]، يعني لوجود علة

---

(١) انظر: المجموع (١٠/ ٣٨٣).

(٢) انظر: المغرب في ترتيب المعرب (١/ ٣٤٤).

(٣) أخرجه مسلم (٣/ ١٢١١ رقم ١٥٨٨) من حديث أبي سعيد الخدري ﷺ قال: جاء بلال بتمر برني، فقال له رسول الله ﷺ: «من أين هذا؟» فقال بلال: تمر كان عندنا رديء، فبعت منه صاعين بصاع لمطعم النبي ﷺ، فقال رسول الله عند ذلك: «أَوَّهْ عين الربا، لا تفعل، ولكن إذا أردت أن تشتري التمر فبعه ببيع آخر، ثم اشتر به».

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الغَالِبُ عَلَى الدَّرَاهِمِ الفِضَّةَ فَهِيَ فِضَّةٌ، وَإِذَا كَانَ الغَالِبُ عَلَى الدَّنَانِيرِ الذَّهَبَ فَهِيَ ذَهَبٌ، وَيُعتَبَرُ فِيهِمَا مِن تَحرِيمِ التَّفَاضُلِ مَا يُعتَبَرُ فِي الجِيَادِ، حَتَّى لَا يَجُوزُ بَيعُ الخَالِصَةِ بِهَا، وَلَا بَيعُ بَعضِهَا بِبَعض إِلَّا مُتَسَاوِيًا فِي الوَزنِ. وَكَذَا لَا يَجُوزُ الِاستِقرَاضُ بِهَا إِلَّا وَزنا) لِأَنَّ النُّقُودَ لَا تَخلُو عَن قَلِيلِ غِشٍّ عَادَة، لِأَنَّهَا

الجواز، وهي تحقق المساواة في الوزن وسقوط اعتبار الجودة، لا بتفاوت الحكم بين الصحيح والعلة باعتبار القيمة كما ذكره الخصم.

قوله: (وإذا كان الغالب) إلى آخره، قال الشافعي(١): لا يجوز بيع الدراهم المغشوشة بعضها ببعض سواء كان الغش غالبًا أو النقرة، ويجوز أن يشتري بها سلعة في أظهر الوجهَيْن. كذا في الحلية، ووجهه ما مرَّ من اعتبار انقسام العوضين بالقيمة.

(أيهما)(٢) أي: بالدرهم الغالب فيه الفضة والدينار الغالب فيه الذهب **(إلا وزنًا)** أي: لا عددًا كما في الفلوس [اعتبارًا بالقسمة.

وفي شرح الأقطع: هذا الذي ذكره فيما إذا كانت الفضة لا تتخلص من الغش](٣) لأنها صارت مستهلكة، أما إذا كانت تتخلص من الغش فليست بمستهلكة، فتعتبر.

وفي الإيضاح: فيما إذا كان الغش غالبًا أن الفضة إذا كانت تتخلصُ من النحاس في الفلوس ويبقى النحاس على حاله، فاشتراها رجل بأقل ما فيها من الفضة لم يجز، حتى تكون الفضة الخالصة أكثر مما فيها؛ لتكون الفضة بالفضة، والزيادة بإزاء النحاس؛ لأنه إذا أمكن تمييز أحدهما عن الآخر، ويبقى كل واحدٍ منهما بحاله لم يصر أحدهما مستهلكًا، فصار جامعًا بين الشيئين في العقد، وإن كان لا يخلص وتحترق الفضة ويبقى النحاس فهو نحاس كله؛ إذِ الفضة مستهلكة فلا يعتبر بها، وإن كانت الفضة السوداء يخلص منها النحاس لا

---

(١) انظر: المجموع (١٠/ ٤١٢).
(٢) كذا في الأصول الخطية، وفي المتن: (بها).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لَا تَنطَبِعُ إِلَّا مَعَ الغِشِّ، وَقَد يَكُونُ الغِشُّ خِلقِيًّا كَمَا فِي الرَّدِيءِ مِنهُ فَيُلحَقُ القَلِيلُ بِالرَّدَاءَةِ، وَالجَيِّدُ وَالرَّدِيءُ سَوَاءٌ (وَإِن كَانَ الغَالِبُ عَلَيهِمَا الغِشَّ فَلَيسَا فِي حُكمِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ) اعتِبَارًا لِلغَالِبِ، فَإِن اشتَرَى بِهَا فِضَّة خَالِصَة فَهُوَ عَلَى الوُجُوهِ الَّتِي ذَكَرنَاهَا فِي حِليَةِ السَّيفِ.

(وَإِن بِيعَت بِجِنسِهَا مُتَفَاضِلًا جَازَ صَرفًا لِلجِنسِ إِلَى خِلَافِ الجِنسِ) فَهِيَ فِي حُكمِ شَيئَينِ فِضَّة وَصُفر، وَلَكِنَّهُ صُرِفَ حَتَّى يُشتَرَطَ القَبضُ فِي المَجلِسِ لِوُجُودِ الفِضَّةِ مِن الجَانِبَينِ، فَإِذَا شُرِطَ القَبضُ فِي الفِضَّةِ يُشتَرَطُ فِي الصُّفرِ، لِأَنَّهُ لَا يَتَمَيَّزُ عَنهُ إِلَّا بِضَرَر.

بدَّ أن تكون الفضة أيضًا فيه أكثر، وإن كان النحاس يحترق فهي فضة تعتبر المماثلة.

وبيع النبهرجة والزيوف بالجياد لا يجوز[1] إلا مثلًا بمثل؛ لأن الغالب عليهما الفضة، والستوق وما كان فيه الصفر والنحاس غالبًا، فإذا باع الستوقة بالجياد لم يجز إلا على طريق الاعتبار، وهو أن تكون الجياد أكثر، فتكون الفضة بمثلها، والزيادة بإزاء النحاس، وإنما اعتبرنا الفضة التي في الستوق؛ لأنها تخلص ويتميز كل واحدٍ عن الآخر.

وقوله: **(ويعتبر فيهما)**[2] وفي بعض النسخ: **(ويعتبر فيها)**، وعلى التقديرين الضمير يرجع إلى الدراهم والدنانير.

قوله: (فإن اشترى بها) أي: بالدراهم التي غلب عليها الغش.

(على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف) يعني: إن كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة أو أقل أو لا يدري ـ لا يصح، وإن كانت أكثر يصح **(وإن بيعت)** أي: المغشوشة **(بجنسها)** أي: بالدراهم المغشوشة، وخلاف الشافعي يأتي في الكل.

قوله: (ولكنه) صرف جواب إشكال، وهو أن يقال: ينبغي ألا يشترط

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/١٩٧). (٢) انظر المتن ٢٤٣.

قَالَ ﷺ: وَمَشَايِخُنَا ـ رَحِمَهُمُ اللَّهُ ـ لَم يُفتُوا بِجَوَازِ ذَلِكَ فِي العَدَالَى وَالغَطَارِفَةِ، لِأَنَّهَا أَعَزُّ الأَموَالِ فِي دِيَارِنَا، فَلَو أُبِيحَ التَّفَاضُلُ فِيهِ يَنفَتِحُ بَابُ الرِّبَا، ثُمَّ إن كَانَت تَرُوجُ بِالوَزنِ فَالتَّبَايُعُ وَالِاستِقرَاضُ فِيهَا بِالوَزنِ، وَإِن كَانَت تَرُوجُ بِالعَدِّ فَبِالعَدِّ، وَإِن كَانَت تَرُوجُ بِهِمَا فَبِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنهُمَا، لِأَنَّ المُعتَبَرَ هُوَ المُعتَادُ فِيهِمَا إِذَا لَم يَكُن فِيهِمَا نَصٌّ، ثُمَّ هِيَ مَا دَامَت تَرُوجُ تَكُونُ أَثمَانًا لَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعيِينِ، وَإِذَا كَانَت لَا تَرُوجُ فَهِيَ سِلعَةٌ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعيِينِ، وَإِذَا كَانَت يَتَقَبَّلُهَا البَعضُ دُونَ البَعضِ، فَهِيَ كَالزُّيُوفِ لَا يَتَعَلَّقُ العَقدُ بِعَينِهَا بَل بِجِنسِهَا زُيُوفًا إِن كَانَ البَائِعُ يَعلَمُ بِحَالِهَا لِتَحَقُّقِ الرِّضَا مِنهُ، وَبِجِنسِهَا مِنَ الجِيَادِ إِن كَانَ لَا يَعلَمُ لِعَدَمِ الرِّضَا مِنهُ.

القبض في هذه الصورة؛ لأنه لما صرف الجنس إلى خلاف الجنس، أي: الفضة إلى الصفر، لم يبقَ صرفًا، فكيف يشترط التقابض؟

فقيل في جوابه: قد وُجدت **الفضة** من الجانبين، [٢/ ١٥٩/ أ] والأصل في المقابلة المطلقة الشيوع، فكان صرفًا بالنظر إلى ذلك، ولكن صرفنا الجنس إلى خلافه ضرورة تصحيح العقد، فلا يظهر فيما عداه، فيبقى صرفًا على الأصل حالة بقاء الجنس؛ إذْ لا ضرورة في حالة البقاء؛ إذْ حاجتنا في نفي المفسد المقارن.

(بجواز ذلك) أي: بجواز التفاضل.

(الغطارفة): الدراهم الغطريفية منسوبة إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد. كذا في المغرب[1]. وقيل: هو خال هارون الرشيد.

فإن قيل: يشكل هذا بقوله: (ويجوز بيع فلس بفلسين).

قال رحمه الله: يجوز أن تكون فتوى مشايخنا على قول محمد، فإن عنده لا يجوز[2] بيع فلس بفلسين بحالها.

(يتقبلها) أي: الدراهم المغشوشة **(البعض)** أي: بعض الناس.

(بحالها) أي: بحال الدراهم الزيفة بأنها زيفة.

وفي الكافي: والمتساوي كغالب الفضة في التبايع، والاستقراض في الصرف كغالب الغش.

---

(١) انظر: المغرب في ترتيب المعرب (١/ ٣٤٢). (٢) انظر: الاختيار لتعليل المختار (٢/ ٣١).

(وَإِذَا اشْتَرَى بِهَا سِلعَة فَكَسَدَت وَتَرَكَ النَّاسُ المُعَامَلَةَ بِهَا، بَطَلَ البَيعُ عِندَ أَبِي

قوله: (**اشترى بها**) أي: بالدراهم المغشوشة (**فترك الناس المعاملة بها**) أي: قبل قبضها (**بطل البيع**)[١] عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد[٢] والشافعي[٣] وأحمد[٤]: لا يبطل البيع؛ لكن عند أبي يوسف ومحمد تجب القيمة، وعند الشافعي [كذلك في وجه][٥]؛ لأنه مالٌ، وفي وجه عند الشافعي: يخير البائع؛ إن شاء أجاز البيع بذلك وإن شاء فسخه لتعينه، وعند أحمد يجب النقد الجديد بالقيمة.

ثم قيل: إنما يبطل البيع عند أبي حنيفة إذا ترك الناس المعاملة بها في كل البلاد، ذكره في عيون المسائل؛ لأنها حينئذٍ تصيرُ هالكًا، فيبقى البيع بلا ثمن، أما إذا كانت لا تروج في بعض البلاد وتروج في بعضها ـ لا يفسد البيع؛ لأنها لم تهلك ولكن تعيبت، فكان البائع بالخيار؛ إن شاء أخذ مثل النقد وقع عليه البيع[٦]، وإن شاء أخذ قيمة ذلك دنانيرَ.

قالوا: وما ذكر في العيون يستقيم على قول محمد، وأما على قولهما فلا، وينبغي أن ينتفي البيع بالكساد في تلك البلدة بناءً على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين، عندهما يجوز اعتبارًا لاصطلاح عند بعض الناس، وعند محمد لا يجوز اعتبارًا لاصطلاح الكل، والكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضًا.

وفي القدوري: إذا اشترى بالفلوس وكسدت قبل العقد؛ فسد البيع[٧] عند أبي حنيفة، وعندهما لا يفسد، وكذا في الذخيرة وجامع المحبوبي.

ثم إذا فسد البيع بالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضًا، أو بالانقطاع، فإن لم يكن البيع مقبوضًا ـ فلا حكم لهذا البيع أصلًا، فإن كان مقبوضًا؛ إن كان قائمًا ردَّه على البائع، وإن كان مستهلكًا أو هالكًا رجع البائع

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ١٥٤).
(٢) انظر: اللباب في شرح الكتاب (٢/ ٥١).
(٣) انظر: التهذيب في فقه الإمام الشافعي (٣/ ٣٥٦)، ونهاية المطلب (٣/ ٢٧٥).
(٤) انظر: كشاف القناع (٣/ ٢٩٦).
(٥) في الأصل: (ذلك الكاسد).
(٦) كذا في الأصول الخطية، ولعل صوابها: (الذي وقع عليه البيع).
(٧) انظر: تبيين الحقائق (٤/ ١١٣).

حَنِيفَةَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: عَلَيهِ قِيمَتُهَا يومَ البَيعِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: قِيمَتُهَا آخِرُ مَا تَعَامَلَ النَّاسُ بِهَا)(*) لَهُمَا: أَنَّ العَقدَ قَد صَحَّ إِلَّا أَنَّهُ تَعَذَّرَ التَّسلِيمُ بِالكَسَادِ وَأَنَّهُ لَا يُوجِبُ الفَسَادَ، كَمَا إِذَا اشتَرَى بِالرُّطَبِ فَانقَطَعَ أَوَانُهُ.

وَإِذَا بَقِيَ العَقدُ وَجَبَت القِيمَةُ، لَكِن عِندَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: وَقتَ البَيعِ، لِأَنَّهُ مَضمُونٌ بِهِ، ....

عليه بقيمة المبيع إن لم يكن مثليًا، [وبمثله إن كان مثليًّا](١)، هذا إذا كسدت الدراهم أو الفلوس.

أما إذا غلبت، بأن ازدادت قيمتها [فالبيع على حاله بالإجماع، ولا يتخير المُشتري، وأما إذا نقصت قيمتها](٢) بأن رخصت فالبيع على حاله، ويطالبه بألف درهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع.

والذي ذكرنا من الجواب في الكساد هو الجوابُ في الانقطاع، حتى لو انقطعت الدراهم من أيدي الناس فسد البيع عند أبي حنيفة.

(**لهما**) أي: لأبي يوسف ومُحمّد، والشافعي (**أن العقد قد صحَّ**) أي: بالإجماع لوجود مبادلة المال بالمال.

(**إلا أنه**) أي: إلا أن الشأن (**تعذر التسليم**) أي: تسليم الثمن، وهو المغشوشة بالكساد لانعدام الثمنية، ويجوز أن يكون الضمير في (**إلا أنه**) للثمن، أي: الثمن (**تعذر التسليم بالكساد، وأنه**) أي: تعذر التسليم أو الكساد.

(**لا يوجب الفساد**) لأنه صفة عارضة قابلة للزوال ساعة فساعة بالرواج، فصار (**كما وإذا اشترى**) إلى آخره (**فانقطع**) أي: في أوانه، بألا يوجد في الأسواق ـ لا يبطل البيع بالاتفاق وتجب القيمة، وألا ينتظر إلى زمان الرطب في السنة الثانية فكذا هذا.

(**لأنه**) أي: الثمن (**مضمون به**) أي: بالبيع فكان كالمغصوب تعتبر قيمته يوم الغصب؛ لأنه مضمون وعليه الفتوى، فإنه ذكر في الذخيرة: وعليه قيمة الدراهم يوم وقع البيع في قول أبي يوسف الآخر، وعليه الفتوى.

(*) الراجح: قول محمد.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية. (٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَعِندَ مُحَمَّد رحمه الله: يَومَ الِانقِطَاعِ، لِأَنَّهُ أَوَانُ الِانتِقَالِ إِلَى القِيمَةِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: أَنَّ الثَّمَنَ يَهلَكُ بِالكَسَادِ؛ لِأَنَّ الثَّمَنِيَّةَ بِالِاصطِلَاحِ، وَمَا بَقِيَ فَيَبقَى بَيعًا بِلَا ثَمَن فَيَبطُلُ، وَإِذَا بَطَلَ البَيعُ يَجِبُ رَدُّ المَبِيعِ إن كَانَ قَائِمًا، وَقِيمَتُهُ إن كَانَ هَالِكًا كَمَا فِي البَيعِ الفَاسِدِ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ البَيعُ بِالفُلُوسِ) لِأَنَّهَا مَالٌ مَعلُومٌ، فَإِن كَانَت نَافِقَة جَازَ البَيعُ

(لأنه) أي: يوم الانقطاع **(أوان الانتقال)** يعني موجب العقد ورد بما انعقد به العقد، والانتقال إلى القيمة بالانقطاع، فتُعتبر قيمته يوم الانقطاع.

وفي المحيط والتتمة والحقائق: وبقول محمد يُفتى رفقًا بالناس.

(يهلك بالكساد) وهذا لأن مالية الثمن تخالفُ مالية المثمن من حيث إنه ينتفع بعينه من الانتفاعات، ومالية الثمن من حيث إنه قيمة الأشياء، ويتوصل به إلى الأعيان، ولكن لا [٢/ ١٥٩/ ب] ينتفع بعينه؛ لأنه حجر في نفسه، ومالية الفلوس والدراهم الغالب عليها الغش والرواج، وذلك بالاصطلاح يكون، فإذا كسدت ذهبت الثمنيّة فهلكت الماليَّة، كمالية العبد لما كانت الحياة، فإذا ذهبت الحياة ذهبت المالية، بخلاف النقدين فإن ثمنيّتهما بالخلقة لا بالاصطلاح. كذا في منتخب الأسرار.

(وما بقي) أي: لم يبقَ الاصطلاح على الثمنية فيبطل البيع، وفي جامع قاضي خان: بالكساد خرجت عن الثمنية وعادت مبيعة في الذمة، والمبيع في الذمة لا يجوز إلا في السلم.

وأما الجواب عن بيع الرطب: أن الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالبًا، فلم يكن هذا هالكًا من كل وجه، فلم يبطل الثمن أصلًا، وفي الدراهم المغشوشة بعد الكساد لا يرجى الوصول إلى ثمنيتهما في ثاني الحال؛ لأن الكساد أصلي، فالشيء إذا رجع إلى أصله قلما ينتقل عنه.

قوله: (ويجوز البيع بالفلوس) أي: بالإجماع(١) وإن لم تعين، حتى لو اشترى بالفلوس المعينة فهلكت قبل التسليم لا يبطل العقد، ولو استبدل بها جاز، كالدراهم والدنانير عندنا، أما لو باع فلسًا بفلسين، فلو باع فلسًا بغير عينه

---

(١) انظر: مراتب الإجماع (١/ ٨٧).

بِهَا، وَإِن لَم تَتَعَيَّن، لِأَنَّهَا أَثمَانٌ بِالِاصطِلَاحِ، وَإِن كَانَت كَاسِدَة لَم يَجُز البَيعُ بِهَا حَتَّى يُعَيِّنَهَا، لِأَنَّهَا سِلَعٌ فَلَا بُدَّ مِن تَعيِينِهَا (وَإِذَا بَاعَ بِالفُلُوسِ النَّافِقَةِ ثُمَّ كَسَدَت بَطَلَ البَيعُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهُمَا) وَهُوَ نَظِيرُ الِاختِلَافِ الَّذِي بَيَّنَّاهُ.

(وَلَو استَقرَضَ فُلُوسًا نَافِقَة فَكَسَدَت عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ يَجِبُ عَلَيهِ مِثلُهَا) لِأَنَّهُ إِعَارَةٌ، وَمُوجِبُهُ: رَدُّ العَينِ مَعنى وَالثَّمَنِيَّةِ فَضلٌ فِيهِ، إذ القَرضُ لَا يَختَصُّ بِهِ.

بفلسَيْن بأعيانهما لا يجوز؛ لأن الفلوس الرائجة أمثال متساوية وضعًا؛ لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة منها فيكون. ذكره في المبسوط[(١)]، وقد مرَّت المسألة في باب الربا.

قوله: (ثم كسدت) إنما قيد الكَسَاد؛ لأنها إذا غلت أو رخصت كان رد المثل بالاتفاق، [كذا][(٢)] في شرح الطحاوي وغيره[(٣)]، يتقدم بذلك، وإنما تتغير رغبات الناس فيها، وذلك غير معتبر كما في البيع. كذا في المبسوط[(٤)].

(وهو نظير الذي) أي: الأصل الذي بيناه في الدراهم المغشوشة.

(ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت) وفائدة قيد الكَسَاد قد ذكرناه، ويرد عينها إن كانت قائمة، وإن كانت هالكة فعليه رد مثلها عند أبي حنيفة.

(لأنه) أي: الاستقراض **(إعارة، وموجبه)** أي: موجب عقد الإعارة **(رد العين معنى)** وذا بالمثل.

فصل فيه

أي: في القرض، فإن صحة استقراض الفِلس لم يكن باعتبار الثمنيّة؛ بل لأنه مثلي، وبالكَسَاد لم يخرج من أن يكون مثليًا؛ ولهذا صحَّ استقراضه بعد الكساد.

وفي شرح المجمع: الإقراض لا ينعقد لإيجاب المثل في الذمة؛ لأنه حينئذٍ يكون صرفًا، ولم يقبض عِوضه قبل الافتراق، فيكون فاسدًا؛ لكن انعقد لتمليك المنفعة، إلا أن تمليك المنفعة لا يمكن مع بقاء عينها، فيثبت الملك

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٤/ ٢٤).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) بياض بالأصل مقدار كلمات، لكن السياق متصل هكذا في النسخة الثانية.
(٤) المبسوط للسرخسي (١٤/ ٢٦).

وَعِندَهُمَا: تَجِبُ قِيمَتُهَا(*)، لِأَنَّهُ لَمَّا بَطَلَ وَصفُ الثَّمَنِيَّةِ تَعَذَّرَ رَدُّهَا كَمَا قُبِضَ فَيَجِبُ رَدُّ قِيمَتِهَا، كَمَا إِذَا استَقرَضَ مِثلِيًّا فَانقَطَعَ، لَكِن عِندَ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله: يَومَ القَبضِ، وَعِندَ مُحَمَّد رحمه الله: يَومَ الكَسَادِ عَلَى مَا مَرَّ مِن قَبلُ، وَأَصلُ الِاختِلَافِ: فِيمَن غَصَبَ مِثلِيًّا فَانقَطَعَ، وَقَولُ مُحَمَّد رحمه الله أَنظَرُ لِلجَانِبَينِ، ....

للمستقرض ضرورة الانتفاع بها، ثم وجب رد المثل، فتكون العين مردودة حكمًا؛ لأن أداء المثل بالمثليات في أداء عينها حُكمًا؛ ولهذا يجبر المغصوب منه على قبض القيمة في المثلي، والوصف لا يراعى في العين لصحة الرد، كما لو استعار متاعًا فتراجعت قيمته بالسعر لم يمنع صحة الرد بخلاف الدين؛ إذِ المخرج له عن العهدة رد المثل، وإنما يكون مثلًا بوصفه الذي عرف بثبوته في الذمة فافترقا.

(إذِ القرض لا يختص به) أي: بمعنى الثمنيّة؛ لما ذكرنا من صحة الاستقراض بعد الكَسَاد، وصحة استقراض المكيل والعددي المتقارب، وهي لا تكون ثمنًا بعد الكَسَاد؛ لأن الثمنيّة فيها بالاصطلاح، فإذا لم يكن مختصًّا بالثمن بل بما هو من ذوات الأمثال، وبطلان الثمنية لا تخرج عن كونه مثليًا، فإذا نفى كونه مثليًا وجب رد مثله، فأعطى رد المثل حكم العين لما ذكرنا.

قوله: (**تعذر ردها كما قبض**) إذِ المقبوض فلوس هي ثمن، وقد بطلت صفة الثمنية بالكَسَاد؛ يعني: أن الواجب في الذمة، وهو المثل في المثلي، والفلوس مثلي، ولكن بصفة الثمنية؛ لأنه أخذها بهذا الوصف، والأوصاف معتبرة في الديون؛ لأن تعريفها بالأوصاف، وبالكساد تعذر ردها بوصفها، فتجب القيمة بخلاف ما إذا كانت قائمة، حيث يردها دون القيمة؛ لأن الوصف في الأعيان المشار إليها لغو؛ لكونها معروفة بذواتها لا بأوصافها، فتعلق الرد.

(**وأصل الاختلاف**) أي: بين أبي يوسف ومحمد في اعتبار القيمة يوم القبض أو الكساد، فرع الاختلاف في غصب المثلي إذا انقطع المثل.

قوله: (**وقول محمد أَنْظَرُ**) أي: للجانبين، وفي بعض النُّسخ: (**أنظر للجانبين**) جانب المقرض والمستقرض؛ أما جانب المقرض فبالنسبة إلى قول

(*) الراجح: قول الصاحبين.

وَقَولُ أَبِي يُوسُفَ أَيسَرُ.

قَالَ: (وَمَن اشتَرَى شَيئًا بِنِصفِ دِرهَمِ فُلُوس، جَازَ وَعَلَيهِ مَا يُبَاعُ بِنِصفِ دِرهَم مِن الفُلُوسِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ: بِدَانِقِ فُلُوس أَو بِقِيرَاطِ فُلُوس جَازَ).

وَقَالَ زُفَرُ: لَا يَجُوزُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ اشتَرَى بِالفُلُوسِ، وَأَنَّهَا تُقَدَّرُ بِالعَدَدِ لَا بِالدَّانِقِ وَالدِّرهَمِ فَلَا بُدَّ مِن بَيَانِ عَدَدِهَا، وَنَحنُ نَقُولُ: مَا يُبَاعُ بِالدَّانِقِ وَنِصفِ

أبي حنيفة؛ لأن في رد المثل إضرارًا به، وأما في حق المستقرض فلا تقاص قيمته يوم الكَسَاد، وفي اعتبار قيمته يوم القبض إضرارٌ به.

(**وقول أبي يوسف أيسر**) أي: للمفتي، وفي بعض النسخ: [٢/ ١٦٠/أ] (أيسر للمفتي)؛ لأن يوم الكَسَاد قيمته غير مضبوطة، ويوم القبض مضبوطة، فاعتبار المضبوط أيسر من اعتبار غير المضبوط، ولأن قيمته يوم الكساد لا تعرف إلا بحرج؛ إذِ الناس يختلفون فيه اختلافًا كثيرًا، فلا يكون أيسر، بخلاف يوم القرض؛ لأن قيمتها معلومة والناس لا يختلفون فيها.

قوله: (**ومن اشترى شيئًا بنصف درهم فلوس جاز**)، وقيد بنصف درهم؛ لأنه لو قال: بدرهم فلوس ـ لا يجوز عند محمد، على ما يجيء (**وعليه**) أي: على المشتري.

وفي الأوضح: (**الدانق**): (دانكي)، والقيراط: ست حبات.

قوله: (**لا بالدانق والدرهم**) يعني: تعلق العقد بالفلوس لا بالدانق ونحوه، فلا بدَّ أن تكون معلومة العدد، ولا يحصل ذلك بتسمية الدانق والدرهم؛ لأن الناس قد يستقصون في بيع الفلوس وقد يسامحون، فبعضهم يأخذ الدانق أقل وبعضهم يسأل أكثر، فلا يكون الثمن معلومًا، ولأن الدانق ذكر الوزن، والفلوس عددي، فلغى اعتبار ذكر الوزن فيه، فيبقى ذكر الفلوس، فلا يجوز البيع به إلا ببيان العدد.

قلنا: المراد به ما يُباع بالدانق وبنصف درهم، وهو معلومٌ في السوق، فتسمية نصف الدرهم والدانق والدرهم لتسمية ذلك في الإعلام على وجه لا يمكن المنازعة فيه، فإذا كان كذلك صار كأنه صرَّح بقدر الفلوس، فيصح العقد.

الدِّرهَم مِن الفُلُوسِ مَعلُومٌ عِندَ النَّاسِ وَالكَلَامُ فِيهِ، فَأَغنَى عَن بَيَانِ العَدَدِ. وَلَو قَالَ: بِدِرهَم فُلُوس أَو بِدِرهَمَي فُلُوس فَكَذَا عِندَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ(*)، لِأَنَّ مَا يُبَاعُ بِالدِّرهَمِ مِن الفُلُوسِ مَعلُومٌ وَهُوَ المُرَادُ، لَا وَزنُ الدِّرهَمِ مِن الفُلُوسِ.

وَعَن مُحَمَّد رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بِالدِّرهَمِ وَيَجُوزُ فِيمَا دُونَ الدِّرهَمِ، لِأَنَّ فِي

قال الإمام الحلواني: هذا إذا كان الدانق والقيراط معلومين عند الناس لا تختلف معاملتهم، فأما إذا كان مختلفًا كما قاله زفر[١] لمكان المنازعة.

(وعن محمد) إلى آخره، في المبسوط[٢]: لم ينص على حكم الجواز والفساد هنا.

وروى هشام عن محمد: وفيما دون الدرهم يجوز، وإن كان بدرهم فلوس أو بدرهمين لا يجوز عند محمد؛ لأن فيما دون الدرهم يكثر الاستعمال فيما بين الناس عبارة عما يوجد به من عدد الفلوس[٣] فيقوم مقام تسوية ذلك العدد، وفي الدراهم وما زاد عليه قلما يستعمل هذا اللفظ، فوضح الفرق أن الدانق والدانقين لا يكون معلوم الجنس إلا بالإضافة، وقد يكون ذلك من الذهب والفضة وغيرها من الموزونات، وإنما يصير معلومًا بذكر الفلوس، فأقمنا ذلك مقام تسمية العدد، فأما الدراهم فمعلوم بنفسه غير مضاف إلى شيءٍ منه، فلا يجعل عبارة عن العدد من الفلوس؛ فلهذا قال محمد: فهو في الدراهم أفحش.

وفي شرح المجمع: لمحمد أن الدليل يأبى جواز البيع على هذا الوجه لا سيما على صفقتين في صفقة، كأنه اشترى الفاكهة بنصف درهم، واشترى نصف درهم بما يباع به من الفلوس، وأنه لا يجوز؛ لقوله عليه السلام لعتاب بن أسيد حين بعثه إلى مكة وقال: «**انهَهُمْ عَنْ أَربَعٍ: عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يَقْبَضُوا، وَعَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يَضمنُوا، وَعَنْ صَفْقَتَيْنِ فِي صَفْقَةٍ، وعَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ**»[٤] إلا أنا تجوَّزنا في

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٤١٤).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٤/ ٢٧).
(٣) انظر: المبسوط للسرخسي (١٤/ ٢٧)، والمحيط البرهاني (٧/ ١٧٦).
(٤) أخرجه الحاكم (٢/ ١٧ رقم ٢١٨٦)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٣١٣ رقم ١٠٩٩٤).
قال البيهقي: تفرد به يحيى بن صالح الأيلي وهو منكر بهذا الإسناد، وقال ابن حجر: فيه يحيى ابن صالح الأيلي وهو منكر الحديث. التلخيص الحبير (٣/ ٦٨).

العَادَةِ المُبَايَعَةَ بِالفُلُوسِ فِيمَا دُونَ الدِّرهَمِ، فَصَارَ مَعلُومًا بِحُكمِ العَادَةِ، وَلَا كَذَلِكَ الدِّرهَمُ، قَالُوا: وَقَولُ أَبِي يُوسُفَ ﷺ أَصَحُّ لَا سِيَّمَا فِي دِيَارِنَا.

قَالَ: (وَمَن أَعطَى صَيرَفِيًّا دِرهَمًا وَقَالَ: أَعطِنِي بِنِصفِهِ فُلُوسًا وَبِنِصفِهِ نِصفًا إِلَّا حَبَّة جَازَ البَيعُ فِي الفُلُوسِ، وَبَطَلَ فِيمَا بَقِيَ عِندَهُمَا) لِأَنَّ بَيعَ نِصفِ دِرهَمٍ بِالفُلُوسِ جَائِزٌ، وَبَيعَ النِّصفِ بِنِصف إِلَّا حَبَّة رِبا فَلَا يَجُوزُ (وَعَلَى قِيَاسِ قَولِ أَبِي حَنِيفَةَ بَطَلَ فِي الكُلِّ)[*] لِأَنَّ الصَّفقَةَ مُتَّحِدَةٌ وَالفَسَادُ قَوِيٌّ فَيَشِيعُ، وَقَد مَرَّ نَظِيرُهُ، وَلَو كَرَّرَ لَفظَ الإِعطَاءِ كَانَ جَوَابُهُ كَجَوَابِهِمَا، هُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّهُمَا بَيعَانِ ....

القليل؛ دفعًا لحاجة الناس اعتبارًا للتعامل، وجرينا في الكثير على قضية الدليل، والدرهم وما فوقه كثير، وما دونه قليل.

ولأبي يوسف، وهو الاستحسان، وأبو حنيفة مع أبي يوسف يجوز في الدرهم وما فوقه للتعامل؛ لأن ما يقابل الدرهم وما فوقه معلوم العدد في اصطلاح الناس؛ إذِ الكلام فيه فلا يكون الثمن مجهولًا، وصار كالنقد الغالب في بلد فيه نقود مختلفة **(لا سيما في ديارنا)** فإن العادة جارية في الدرهم وما فوقه كما في نصف درهم، وهو قياسُ قول الشافعي وأحمد.

(والفساد[1] قوي) لأنه متمكنٌ في صلب العقد، ولأنه مجمعٌ عليه لمعنى الربا، **(فيشيع، وقد مرَّ نظيره)** أي: في البيع، وهو ما إذا جمع بين حر وعبد في البيع يبطل البيع عنده في الكل.

(ولو كرر لفظ الإعطاء) بأن قال: أعطني فلوسًا وأعطني بنصفه نصفًا إلا حبَّة **(كان جوابه)** أي: جواب أبي حنيفة **(كجوابهما)** في الأصح؛ لتفرق الصفقة بتكرر لفظ الإعطاء، وفساد أحد البيعين لا يوجب فساد الآخر.

وفي المبسوط[2]: ولو افترقا قبل أن يقبض الفلوس والدرهم الصغير ـ بطل في الدرهم الصغير؛ لأن العقد فيه صرفٌ وقد افترقا قبل قبض أحد البدلين، ولم

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.
(١) في الأصل: (القياس)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) انظر المبسوط (١٤/ ٢٧).

(وَلَو قَالَ: أَعطِنِي نِصفَ دِرهَم فُلُوسًا وَنِصفًا إِلَّا حَبَّة جَازَ) لِأَنَّهُ قَابَلَ الدِّرهَمَ بِمَا يُبَاعُ مِنَ الفُلُوسِ بِنِصفِ دِرهَم وَبِنِصفِ دِرهَم إِلَّا حَبَّة فَيَكُونُ نِصفُ دِرهَم إِلَّا حَبَّة بِمِثلِهِ وَمَا وَرَاءَهُ بِإِزَاءِ الفُلُوسِ. قَالَ ﷺ: وَفِي أَكثَرِ نُسَخِ المُختَصَرِ ذَكَرَ المَسأَلَةَ الثَّانِيَة، وَاَللَّهُ تَعَالَى أَعلَمُ بِالصَّوَابِ.

يبطل في الفلوس؛ لأن العقد فيها بيع لا صرف، ولو لم ينقد الثمن حتى افترقا بطل في الكل؛ لأنهما افترقا عن دين بدين.

(ولو قال: أعطني) أي: دفع درهمًا، وقال: أعطني به نصف درهم فلوس.

(نسخ المختصر) أي: مختصر القدوري، [وإنما ذكر المصنف هذا دفعًا لمؤاخذة ترد على صاحب القدوريّ][١] فإنه ذكر في بعض النِّسخ المسألة [٢/ ١٦٠/ب] وأجاب بالجواز مطلقًا، [وليس كذلك بالإجماع، أما عنده فظاهر؛ لأنه يبطله في الكل، وأما عندهما يجوز في الفلوس، ويبطل في الباقي، فعلم أن الجواز ليس بمطلق في المسألة الأولى، فذِكْر الجواز][٢] في بعض النِّسخ محمول على خطأ من الكاتب، والدليل عليه أن في أكثر النِّسخ ذكر المسألة الثانية وأجاب بالجواز مطلقًا[٣].

وفي المجتبى: قال: ومن أعطى لصيرفي درهمًا وقال: أعطني بنصفه فلوسًا وبنصفه نصفًا إلا حبة، جاز البيع[٤] وكانت الفلوس والنصف إلا حبة بدرهم.

قلتُ: هكذا وقع في كثير من النِّسخ، وهو غلطٌ وقع من الكَتَبَة الجَهَلَة نقلًا وعقلًا؛ أما النقل: فقد ذكر أبو نصر الأقطع في شرحه لمختصر القدوريّ، وكان تلميذه الواقف على تصانيفه، المطلع على مبانيها المحقق لمعانيها، وهذه عبارته: ومن أعطى لصيرفي درهمًا فقال: أعطني نصف درهم فلوس، لما كان معلومًا صار كأنه قال: أعطني بهذا الدرهم كذا كذا فِلسًا ونصفًا إلا حبَّة، ولو صرَّح بذلك جاز البيع، كذا هذا.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٤١٨).
(٤) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٦/ ٢٢٠).

....

ثم قال: وهذا هو الصحيح، وما في بعض النسخ ـأنه قال: بنصف درهم فلوسًا وبنصفه نصفًا إلا حبةـ غلطٌ من الناسخ، فإن هذا العقد فاسد في الكل عند أبي حنيفة، وعندهما جائز في الفلوس فقط.

وفي زاد الفقهاء: لو قال: أعطني بنصفه فلوسًا وبنصفه نصفًا إلا حبة فسد البيع، ولو قال: أعطني درهمًا صغيرًا وزنه نصف درهم إلا حبَّة والباقي فلوسًا جاز.

وفي شرح المختصر لأبي نصر السرخسي ذكر المسألة هكذا، ثم قال: فسد البيع في الكل عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يصح البيع في الفلوس، وهكذا ذكر في سائر نسخ الشروح نصًّا ودلالة.

وأما المعقول: فلأنه لما قال: وبنصفه نصفًا إلا حبَّة فقد صرَّح بالمقابلة بالربا، فلا يمكن تصحيح تصرفه إلى غيره، فبهذا ثبت أن هذا غلطٌ، والصحيح ما ذكر في النسخ المتقنة، ومن أعطى الصيرفي درهمًا وقال: أعطني نصف درهم فلوس ونصفًا إلا حبة.

مسائل تتعلق بهذا الباب

تصارفا جنسًا بجنس متساويًا، فزاد أحدهما أو حطَّ شيئًا، وقبل الآخر يلتحق بأصل العقد، ويفسد العقد الأول عنده[١]، وقال أبو يوسف[٢]: لا يلتحق، ولا يبطل الصرف، وبه قال زفر والشافعي[٣] وأحمد ومحمد في الزيادة، وقال محمد[٤]: يصح الحط ولا يفسد الصرف، و[لا][٥] يجعل الحط هبة مبتدأة.

ولو تصارفا بغير الجنس فزاد أو حط جاز، لعدم الربا غير أن الزيادة يعتبر قبضها في مجلس الزيادة؛ لأنها ثمن الصرف.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٥/ ٢١٦).
(٢) انظر: البحر الرائق (٦/ ٢٠٩).
(٣) انظر: البيان في فقه الإمام الشافعي (٥/ ١٨١).
(٤) انظر: البحر الرائق (٦/ ٢٠٩).
(٥) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

....

وقال زفر والشافعي وأحمد: الزيادة لا تلحق بأصل العقد فلا يعتبر قبضها في مجلس الزيادة؛ لأنها هبة ابتدائية.

ولو افترقا لا عن قبض بطلت بحصتها من الآخر، كأنه باع بالكل ثم فسد في البعض؛ لعدم القبض، والحط جائز[١] سواء كان قبل التفرق أو بعده، ويرد الذي حط ما حطَّ، وإن كان الحط قيراط ذهب فهو شريك في الدينار مثلًا؛ لأن في تبعيضه ضررًا، وكل مال ربوي لم يجز بيعه مرابحة ولا مواضعة؛ لأنه ربا إذا اشتراه بجنسه، ويجوز بخلاف جنسه.

ولو اشترى مصوغًا من فضة بفضة أو من ذهب وتقابضا فوجد المشترى معيبًا؛ له أن يرده بالعيب، فإن رده بقضاء لا بأس إن لم يقبض الثمن من البائع في مجلس الرد؛ لأنه فسخٌ، وبغير قضاء يشترط القبض في مجلس الرد فإن قبض صحَّ الرد، وإلا بطل، وعاد البيع الأول؛ لأنه بيعٌ في حق الشرع، فإن تعذر الرد؛ بأن هلك في يده أو حدث به عيب آخر، رجع بأرش العيب إن كان الثمن ذهبًا؛ لتعذر الفسخ، وإن كان فضة لا يرجع؛ لأنه يؤدي إلى الربا فإن قبله البائع بعيبه له ذلك، والخيار للمشتري.

ولو أبرأ أحد المتصارفين صاحبه قبل قبضه أو تصدق عليه قبل قبضه بطل الصرف وبطل الدين كما في السلم، ولو أخذ بدلًا لا من جنسه إذا اشترى به شيئًا فالشراء فاسدٌ، والصرف بحاله يقبض بدله، وقال زفر: يجوز. كذا في الكافي.

في المحيط: اشترى دينارًا بدرهم، ولا دينار لهذا ولا درهم لهذا، ثم نقدا وتقابضا قبل التفرق جاز، وفي المكيل لا يجوز.

وعن أبي حنيفة: اشترى فلوسًا بدراهم، ولا فلوس ولا دراهم لهما، ثم نقد أحدهما، ثم تفرقا جاز[٢]، ولو كان مكان الفلوس دينار لم يجز.

اشترى سيفًا حليته مائة درهم فضة بمائتي درهم، ثم علم أن حليته مائتا درهم قبل التفرق؛ فإن شاء زاد في الثمن مائة أخرى، وإن شاء فسخ، ولو علم بعد التقابض والتفرق بطل العقد، ولو كان ذلك في إبريق فضة يبطل العقد في نصف الإبريق.

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء (٣/ ٣٤).

(٢) انظر: المحيط البرهاني (٧/ ١٧٣).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الكَفَالَةِ

كِتَابُ الْكَفَالَةِ

أورد الكفالة عقيب البيوع؛ لما أن الكفالة تحتاج في البياعات [٢/ ١٦١/أ] غالبًا؛ لعدم اعتماد أحد المتبايعين على الآخر، فيكون كأثرِهِ، فيعقبه، أو لأنها إذا كانت بالأمر فهي معاوضة انتهاء، ولها بالصرف مناسبة خاصة من حيث إن لكل واحد معاملة فيما يجب في الذمة، وهو الدراهم والدنانير.

ثم من محاسن الكفالة إظهار الشفقة ومراعاة الأخوة وتسهيل الأمر على الطالب والمطلوب، وقد منَّ الله تعالى على مريم بقوله: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران:٣٧]، وقد ذكر الله تعالى نبيًّا باسم ذي الكفل إظهارًا لِمِنّته عليه.

وقيل: إنه كفل عددًا من الأنبياء عن ملك قصد قتلهم.

ثم الكفالة لغةً وشرعًا مذكور في الكتاب.

وفي المغرب[(١)]: تركيبه دال على الضم والتضمين، حتى يقال: ضمينٌ وكفيل، ومنه: كفل، وهو كساء يُدار حول سنام البعير كالحوية ثم يركب، ومنه كفل الشيطان؛ أي: مركبه.

وركنها الإيجاب والقبول عند أبي حنيفة[(٢)] ومحمد والشافعي[(٣)]، وقال أبو يوسف[(٤)] آخرًا والشافعي في قول[(٥)] ومالك[(٦)] وأحمد[(٧)]: الكفالة تتم بالكفيل وحده، وجد القبول أو لا.

اختلف المشايخ على قوله، قيل: يصح من الكفيل موقوفًا على إجازة الطالب، وقيل: يصح نافذًا وللطالب حق الرد.

(١) المغرب في ترتيب المعرب (١/ ٤١٣).
(٢) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢).
(٣) انظر: نهاية المحتاج (٤/ ٤٣٢).
(٤) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢).
(٥) انظر: نهاية المحتاج (٤/ ٤٥٦).
(٦) انظر: المقدمات الممهدات (٢/ ٣٧٣).
(٧) انظر: المبدع في شرح المقنع (٤/ ٢٤٥).

....

وفائدة الاختلاف تظهر فيما إذا مات الطالبُ قبل القبول لا يؤاخذ به الكفيل عند من قال بالتوقف.

وشرطها أن يكون الدين صحيحًا في الذمة عندنا، وأن يكون الكفيل من أهل التبرع حتى لا يصح ضمان العبد المحجور عند عامة العلماء.

وأما ألفاظها مذكور في المتن.

وأما حكمها توجه المطالبة بما التزم، وحكمها ثبوت المطالبة ممن شاء من الأصيل والكفيل عند عامة الفقهاء، وعن مالك في رواية[١] أنه لا يطالب الضامن إلا إذا تعذر عليه المطالبة من المضمون عنه، وعن أبي ثور[٢] مثله، وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود وأبو ثور: ينقل الحق إلى ذمة الكفيل فلا يطالب الأصيل كما في الحوالة[٣].

ونقل صاحب المنظومة عن مالك: يسقط الدَّين عن ذمة الأصيل، وهذا خلاف ما ذكر في مشاهير كتبه، واحتج ابن أبي ليلى ومن تبعه بما روى أبو سعيد الخدري أنه ﷺ حضر جنازة وقال: «**هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ دَيْنٌ**»؟ قالوا: نعم، درهمان، فقال ﷺ: «**صَلُّوا على صَاحِبِكُم**»، فقال علي ﷺ: أنا لهما ضامن، فقام ﷺ وصلى عليه.

ثم أقبل على عليٍّ وقال: «**جَزَاكَ اللهُ خَيْرًا، وَفكّ رِهَانَكَ كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيكَ**»، فقيل يا رسول الله: لعليٍّ خاصةً هذا أم للناس كافة؟ فقال: «**للنَّاس كَافَّةً**»[٤]، فدل أن المضمون عنه بريء من الضمان.

وللعامة قوله ﷺ: «**نَفْسُ المُؤمِنِ مُعلّقةٌ بِدَيْنِهِ حتّى يُقضَى عَنْهُ**»[٥]، وقوله

---

(١) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة (٥/ ٧٩٥).

(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٤٠٨).

(٣) انظر: المحلى بالآثار لابن حزم (٦/ ٤٠٠).

(٤) أخرجه الدارقطني (٣/ ٤٦٦ رقم ٢٩٨٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٧٣ رقم ١١٧٣١).
قال البيهقي: الحديث يدور على عبيد الله الوصافي وهو ضعيف جدًّا، وضعفه ابن الملقن في البدر المنير (٦/ ٧١١)، وابن حجر في التلخيص الحبير (٣/ ١١٨).

(٥) أخرجه الترمذي (٢/ ٣٨٠ رقم ١٠٧٨)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٦ رقم ٢٤١٣)، وابن حبان (٧/ ٣٣١ رقم ٣٠٦١)، وأحمد (٢/ ٥٠٨ رقم ١٠٦٠٧) من حديث أبي هريرة ﷺ.
قال الترمذي: هذا حديث حسن.

الكَفَالَةُ: هِيَ الضَّمُّ لُغَة، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧] ثُمَّ قِيلَ: هِيَ ضَمُّ الذِّمَّةِ إِلَى الذِّمَّةِ فِي المُطَالَبَةِ، وَقِيلَ: فِي الدَّينِ، ....

في خبر أبي قتادة: «**الآنَ بَرَدَتْ جِلْدَتُهُ**»(١) وصلاة النبي ﷺ على المضمون عنه؛ فلأنه بالضمان صار له وفاءً، إنما امتنع من الصلاة على مديون لم يخلف وفاء، وأما قوله ﷺ: «**فك الله رهانك...**» الحديث، فإنه كان بحال لا يصلى عليه، فلما ضمنه عليٌّ فكه عن ذلك.

ثم الكفالة مشروعة بالكتاب، فقال تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]، قال ابن عباس: الزعيم: الكفيل، وبالسنة، قال ﷺ: «**الزعيم غارم**»، رواه أبو داود، والترمذي وقال: حديث حسن(٢)، وبالإجماع(٣) فإن الأمة اجتمعت على جواز الضمان، وإنما اختلفوا في فروع تذكر.

قوله: (وقيل في الدين) فيثبت الدَّين في ذمة الكفيل، ولا يسقط عن المضمون، وبه قال الشافعي(٤) ومالك(٥) وأحمد(٦) في رواية.

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ٣٣٠) رقم (١٤٥٧٦)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (١٠/ ٣٣٤ رقم ٤١٤٥)، والحاكم (٢/ ٥٨ رقم ٢٣٤٦) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه.
قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.
أما حديث أبي قتادة فقد أخرجه البخاري (٣/ ٩٤ برقم ٢٢٨٩) من حديث سَلَمَةَ بْنِ الأَكْوَعِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: كُنَّا جُلُوسًا عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ، إِذْ أُتِيَ بِجَنَازَةٍ، فَقَالُوا: صَلِّ عَلَيْهَا، فَقَالَ: «هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟»، قَالُوا: لَا، قَالَ: «فَهَلْ تَرَكَ شَيْئًا؟»، قَالُوا: لَا، فَصَلَّى عَلَيْهِ، ثُمَّ أُتِيَ بِجَنَازَةٍ أُخْرَى، فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، صَلِّ عَلَيْهَا، قَالَ: «هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟» قِيلَ: نَعَمْ، قَالَ: «فَهَلْ تَرَكَ شَيْئًا؟»، قَالُوا: ثَلَاثَةَ دَنَانِيرَ، فَصَلَّى عَلَيْهَا، ثُمَّ أُتِيَ بِالثَّالِثَةِ، فَقَالُوا: صَلِّ عَلَيْهَا، قَالَ: «هَلْ تَرَكَ شَيْئًا؟»، قَالُوا: لَا، قَالَ: «فَهَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟»، قَالُوا: ثَلَاثَةُ دَنَانِيرَ، قَالَ: «صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ»، قَالَ أَبُو قَتَادَةَ صَلِّ عَلَيْهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَعَلَيَّ دَيْنُهُ، فَصَلَّى عَلَيْهِ.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦ رقم ٣٥٦٥)، والترمذي (٢/ ٥٥٦ رقم ١٢٦٥)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٤ رقم ٢٤٠٥) من حديث أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه.
وحسنه الترمذي، وقال ابن حجر: حسنه الترمذي، وصححه ابن حبان. فتح الباري (٥/ ٢٤١)، وحسنه ابن الملقن في البدر المنير (٦/ ٧٠٧).

(٣) انظر: اختلاف الأئمة العلماء لأبي المظفر (١/ ٤٣٩).

(٤) انظر: بحر المذهب للروياني (٥/ ٤٦٦).

(٥) انظر: المعونة على مذهب عالم المدينة (١/ ١٢٣٠)، والتهذيب في اختصار المدونة (٤/ ١٣).

(٦) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٤٠٨).

وَالأَوَّلُ أَصَحُّ. قَالَ: (الكَفَالَةُ ضَربَانِ: كَفَالَةٌ بِالنَّفسِ، وَكَفَالَةٌ بِالمَالِ. فَالكَفَالَةُ بِالنَّفسِ جَائِزَةٌ، وَالمَضمُونُ بِهَا إحضَارُ المَكفُولِ بِهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: لَا يَجُوزُ، ....

وفي المبسوط[1]: ذكر هذين القولين من غير ترجيح فقال: الكفالة ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل على وجه التوثق، وفيه طريقان:

أحدهما: الضم في المطالبة دون أصل الدين، إذْ تنفصل المطالبة عن أصل الدين، فإن الوكيل بالشراء يطالب بالثمن، مع أن الثمن على الموكل.

والثاني: الضم في أصل الدَّين، فإن الكفالة إقراض للذمة، والتزام المطالبة يبتنى على التزام أصل الدين، وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الأصيل ما يوجبُ زيادة حق المطالب؛ لأن الدين وإن ثبت في ذمة الكفيل فالاستيفاء لا يكون إلا من أحدهما، كالغَاصب مع غَاصب الغاصبِ فإن كل واحدٍ ضامن للقيمة، ولا يكون حق المالك إلا في قيمة واحدةٍ؛ لأنه لا يستوفي إلا من أحدهما، واختياره تضمين أحدهما [٢/ ١٦١/ب] يوجب براءة الآخر فكذا هنا؛ ولهذا لو وهب الدين للكفيل صح، ويرجع على الأصيل، مع أن هبة الدَّين مِن غير مَن عليه الدين لا تصح[2].

ولو اشترى من الكفيل بالدَّين شيئًا يصح، مع أن الشراء بالدَّين مِن غير مَن عليه الدين لا يصح.

(والأول أصحّ) لأن جعْل الدَّين الواحد في حكم الدينين قلب الحقيقة، فلا يصار إليه إلا عند الضرورة، ولا ضرورة؛ لأن التوثق يحصل بالمطالبة، كالوكيل بالشراء فتتعدد المطالبة بدون الثمن.

وأما الجواب عن مسألة الهبة والشراء: فإنا جعلناه في حكم الدينين تصحيحًا لتصرف صاحب الحق؛ ضرورةَ تصحيحه، وقبله لا ضرورة.

قوله: (وقال الشافعيّ[3]: لا يجوز).

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٦٠).
(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٦٠، ١٦١).
(٣) انظر: الأم للشافعي (٦/ ٢٤٧)، ونهاية المطلب (١٩/ ١١٩).

لِأَنَّهُ كَفَلَ بِمَا لَا يَقدِرُ عَلَى تَسلِيمِهِ، إذ لَا قُدرَةَ لَهُ عَلَى نَفسِ المَكفُولِ بِهِ، بِخِلَافِ الكَفَالَةِ بِالمَالِ لِأَنَّ لَهُ وِلَايَة عَلَى مَالِ نَفسِهِ. وَلَنَا: قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الزَّعِيمُ غَارِمٌ» وَهَذَا يُفِيدُ مَشرُوعِيَّةَ الكَفَالَةِ بِنوعَيه، وَلِأَنَّهُ يَقدِرُ عَلَى تَسلِيمِهِ بِطَرِيقِهِ، بِأَن يَعلَمَ الطَّالِبُ مَكَانَهُ، فَيُخَلِّيَ بَينَهُ وَبَينَهُ أَو يَستَعِينَ بِأَعوَانِ القَاضِي فِي ذَلِكَ، وَالحَاجَةُ مَاسَّةٌ إِلَيهِ، وَقَد أَمكَنَ تَحَقُّقُ مَعنَى الكَفَالَةِ وَهُوَ الضَّمُّ فِي المُطَالَبَةِ فِيهِ.

وفي الحلية: الكفالة بالنفس صحيحة على المنصوص، وهو قول عامة الفقهاء، فبعض أصحابنا قال: فيه قولان، وأصحهما الصحة، وبعضهم قال: يصحّ قولًا واحدًا، وما قال في الدعوى والبيّنات: إن الكفالة بالبدن ضعيفة؛ يعني في القياس، وإن كانت ثابتة بالإجماع والأثر.

قوله: (لأنه) أي: الكفيل **(كفل بما لا يقدر على تسليمه)** فكان كبيع الطير في الهواء؛ وهذا لأن المكفول عنه حر لا ينقاد تسليمه؛ إذْ لا ولاية له عليه، خصوصًا إذا كفل بغير أمره، وكذا لو كفل بأمره؛ لأن أمره بالكفالة لا يثبت له الولاية عليه، وصار كالكفالة ببدن الشاهدين.

قوله: (بنوعيه) أي: بنوعي الكفالة، على تأويل عقد الكفالة.

فإن قيل: قوله ﷺ: «**الزَّعيم غارِم**»(١) يدل على غرم الكفيل، والكفيل بالنفس لا يغرم شيئًا، فكيف يصح الاستدلال به؟

قلنا: الغرم يبتنى على لزوم شيء يضره، وعلى الكفيل بالنفس يلزم الإحضار. كذا في شرح الأقطع.

وقوله: (ولأنه يقدر على تسليمه) إلى آخره: جوابٌ عن قياس الشافعي.

قوله: (والحاجة ماسة) أي: مهمة **(إليه)** أي: إلى عقد الكفالة بالنفس، وهي ضرورة إحياء حقوق العباد؛ لأنه ربما يغيب بنفسه فيتوى حق صاحب

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦ رقم ٣٥٦٥)، والترمذي (٢/ ٥٥٦ رقم ١٢٦٥)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٤ رقم ٢٤٠٥) من حديث أبي أمامة الباهلي ﷺ.
وحسنه الترمذي، وقال ابن حجر: حسنه الترمذي، وصححه ابن حبان. فتح الباري (٥/ ٢٤١)، وحسنه ابن الملقن في البدر المنير (٦/ ٧٠٧).

قَالَ: (وَتَنعَقِدُ إِذَا قَالَ: تَكَفَّلت بِنَفسِ فُلَان أَو بِرَقَبَتِهِ أَو بِرُوحِهِ أَو بِجَسَدِهِ أَو بِرَأسِهِ، وَكَذَا بِبَدَنِهِ وَبِوَجهِهِ) لِأَنَّ هَذِهِ الأَلفَاظَ يُعَبَّرُ بِهَا عَن البَدَنِ إِمَّا حَقِيقَة أَو عُرفًا، عَلَى مَا مَرَّ فِي الطَّلَاقِ، كَذَا إِذَا قَالَ: بِنِصفِهِ أَو بِثُلُثِهِ أَو بِجُزء مِنهُ، لِأَنَّ النَّفسَ الوَاحِدَةَ فِي حَقِّ الكَفَالَةِ لَا تَتَجَزَّأُ، فَكَانَ ذِكرُ بَعضِهَا شَائِعًا كَذِكرِ كُلِّهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: تَكَفَّلتُ بِيَدِ فُلَان أَو بِرِجلِهِ، لِأَنَّهُ لَا يُعَبَّرُ بِهِمَا عَن البَدَنِ حَتَّى لَا تَصِحُّ إِضَافَةُ الطَّلَاقِ إِلَيهِمَا وَفِيمَا تَقَدَّمَ تَصِحُّ (وَكَذَا إِذَا قَالَ: ضَمِنته) ....

الحق، ولأنه عليه السلام كفل رجلًا في تهمة، وكان بين علي وعمر رضي الله عنهما خصومة فكفلت أم كلثوم رضي الله عنها بنفس عليٍّ[1].

ولأن الظاهر أنه بنفاذه خصوصًا إذا كانت الكفالة بأمره، فإنه هو الذي أدخله في هذه الورطة، فعليه إخراجه، وإن كان بغير أمره يمكنه احضاره بأعوان القاضي، ولأن إلزام شيء يصح وإن كان لا يقدر عليه غالبًا، كمن نذر أن يحج عنه ألف حجة يلزمه، وإن كان لا يعيش ألف سنة، فكذا هنا يصح إلزام الإحضار، وإن كان الكفيل ربما يعجز عنه. إليه أشار في المبسوط[2].

قوله: (ولا يصح إضافة الطلاق) إلى اليد والرجل خلافًا للشافعي، وقال الشافعي[3]: يجوز الكفالة بما يعبر به عن البدن وجزء شائع، أو بجزءٍ لا يمكن فصله عنه، كالقلب والكبد، وبه قال أحمد في رواية[4]، وقال مالك[5]: يصح لكل عضو من بدنه، حتى لو قال بوجهه أو بعينه فهو كفالة بالنفس، وبه قال الشافعي في وجه[6] وأحمد.

وعندنا لو كفل بعينه ـ لم يذكره محمد عن أبي بكر البلخي ـ لا يصح، كما في الطلاق، ولو نوى البدن يصح. كذا في المحيط، وفيه:

الألفاظ التي تقع بها الكفالة: صريح وكناية، فالصريح كقوله: كفلت وضمنت وزعيم وقبيل وحميل وإليَّ وعليَّ، أو قال: لك عندي لهذا الرجل، أو قال: عليَّ أن أوفيك به، أو عليَّ أن ألقاك به، أو دعه إليَّ فهو كفالة.

---

(١) انظر: المبسوط (٧/ ٢).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٦٣).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٦٥).
(٤) انظر: الكافي (٢/ ١٣٤).
(٥) انظر: بداية المجتهد (٤/ ٧٩).
(٦) انظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٦٥).

لِأَنَّهُ تَصرِيحٌ بِمُوجِبِهِ (أَو قَالَ: هُوَ عَلَيَّ) لِأَنَّهُ صِيغَةُ الِالتِزَامِ (أَو قَالَ: إِلَيَّ) لِأَنَّهُ فِي مَعنى عَلَيَّ فِي هَذَا المَقَامِ. قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «وَمَن تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ، وَمَن تَرَكَ كَلًّا أَو عِيَالًا فَإِلَيَّ» (وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَنَا زَعِيمٌ بِهِ أَو قَبِيلٌ بِهِ) لِأَنَّ الزَّعَامَةَ هِيَ الكَفَالَةُ وَقَد رَوَينَا فِيهِ. وَالقَبِيلُ هُوَ الكَفِيلُ، وَلِهَذَا سُمِّيَ الصَّكُّ قَبَالَة، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: أَنَا ضَامِنٌ لِمَعرِفَتِهِ، لِأَنَّهُ التَزَمَ المَعرِفَةَ دُونَ المُطَالَبَةِ.

قوله: (لأنه تصريح بموجبه) أي: بموجب عقد الكفالة؛ لأنه يصير به ضامنًا للتسليم، والعقد ينعقد بالصريح بموجبه، كالبيع ينعقد بلفظ التمليك.

والكَلُّ: اليتيم هنا، والكَل: العيال أيضًا، قال تعالى: ﴿وَهُوَ كَلٌّ عَلَىٰ مَوْلَىٰهُ﴾ [النحل:٧٦] والجمع الكلول، والعيال: مَن تعوله؛ أي: تقويه وتنفق عليه.

قوله: (أنا زعيم) وفي بعض النُّسخ: (أنا زعيمٌ به).

(وقد روينا فيه) وفي بعض النُّسخ: (الحديث) أي: في أن الزعامةَ الكفالةُ، الحديث.

قوله: (أنا ضامنٌ لمعرفته)، وفي الذخيرة: لو قال: أنا ضامن [لمعرفته، أو بمعرفته لا يصير كفيلًا، وكان بمنزلة ما لو قال: أنا ضامن][1] لك على أن أدلك عليه، أوقفك عليه، وذلك لا يكون كفالة. كذا هاهنا.

وفي المنتقى: يكون كفيلًا، وعلى هذا معاملة الناس، ولو قال بالفارسية: (اشناني فلان تر من است) قال الهندوانيّ: يكون كفيلًا، وهكذا ذكر شيخ الإسلام، وقال أبو الليث: لا يصير كفيلًا، وبه أخذ الصدر الشهيد.

وفي فتاوى قاضي خان: ما قاله الهندواني أقربُ إلى عُرف الناس، ثم قال: ولو قال: (اشناني منشت)، أو قال: (اشناشت) قالوا: يكون كفيلًا بالنفس، وعامة المشايخ قالوا: لو قال: (اشناني فلان بر منشت)، أو قال: (فلان اسنا سَت) يكون كفيلًا، [٢/ ١٦٢/أ]، فكأنهم فرَّقوا بين العربية والفارسية بالعُرف.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (فَإِن شَرَطَ فِي الكَفَالَةِ بِالنَّفسِ تَسلِيمَ المَكفُولِ بِهِ فِي وَقت بِعَينِهِ، لَزِمَهُ إِحضَارُهُ إِذَا طَالَبَهُ فِي ذَلِكَ الوَقتِ) وَفَاء بِمَا التَزَمَهُ، (فَإِن أَحضَرَهُ، وَإِلَّا حَبَسَهُ الحَاكِمُ) لِامتِنَاعِهِ عَن إِيفَاءِ حَقٍّ مُستَحِقٍّ عَلَيهِ، وَلَكِن لَا يَحبِسُهُ أَوَّلَ مَرَّة لَعَلَّهُ مَا دَرَى لِمَاذَا يَدَّعِي.

وَلَو غَابَ المَكفُولُ بِنَفسِهِ أَمهَلَهُ الحَاكِمُ مُدَّةَ ذَهَابِهِ وَمَجِيئِهِ، فَإِن مَضَت وَلَم يُحضِره يَحبِسُهُ لِتَحَقُّقِ امتِنَاعِهِ عَن إِيفَاءِ الحَقِّ. قَالَ: (وَكَذَا إِذَا ارتَدَّ ـ وَالعِيَاذُ بِاللَّهِ ـ وَلَحِقَ بِدَارِ الحَربِ) وَهَذَا لِأَنَّهُ عَاجِزٌ فِي المُدَّةِ فَيُنظَرُ كَالَّذِي أُعسِرَ، ....

قوله: (وإلا حبسه الحاكم) هذا إذا لم يظهر عجزه، حتى لو ظهر عجزه فلا معنى للحبس، إلا أنه لا يحال بينه وبين الكفيل، فيلازمُه ويطالبُه ولا يحول بينه وبين أشغاله، وهكذا المفلس إذا أخرجه القاضي من السجن. كذا في الإيضاح.

قوله: (ولو غاب المكفولُ بنفسه) أي: المدعى عليه **(أمهله)**.

وفي الذخيرة: هذا إذا علم مكانه، وإن لم يعلم مكانه سقطت المطالبة عن الكفيل للحال؛ لعجزه.

ولو كان الكفيل يعرف مكانه أمهله قدر ذهابه ومجيئه، ويستوثق منه بكفيل، وحبسه بعد مضي تلك المُدة إذا لم يخبره ويحضره، ولو وقع الاختلاف فقال الطالب: يعرف مكانه، وقال الكفيل: لا أعرف، فإن كانت له خرجة معروفة يخرج إلى موضع معلوم للتجارة في كل وقت ـ فالقول للطالب، ويؤمر الكفيل بالذهاب إليه؛ لأن الظاهر شاهدٌ له، وإن لم يكن ذلك معروفًا منه ـ فالقول للكفيل؛ لأنه متمسك بالأصل، وهو الجهل، ومنكر للزوم المطالبة.

وقيل: لا يلتفت إلى قول الكفيل، ويحبسه القاضي إلى أن يظهر عجزه؛ لأن المطالبة كانت متوجهة فلا يصدق على دعوى إسقاطها، فإن أقام المطالب بينة أنه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب إليه.

وفي بعض النُّسخ: وكذا إذا ارتدَّ ولحق بدار الحرب، وهذه المسألة ليست في بعض النُّسخ، إلى قوله: وإذا أحضره وسلمه، ثم معنى قوله: **(وكذا إذا ارتدَّ ولحق بدار الحرب)** يعني: يمهله الحاكم مدة ذهابه إلى دار الحرب ومجيئه، وينبغي أن يبرأ الكفيل كما في الموت؛ لأن التحاق مرتد موتٌ حكمي.

وَلَو سَلَّمَهُ قَبلَ ذَلِكَ بَرِئَ، لِأَنَّ الأَجَلَ حَقُّهُ فَيَملِكُ إسقَاطَهُ كَمَا فِي الدَّينِ المُؤَجَّلِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَحضَرَهُ وَسَلَّمَهُ فِي مَكَان يَقدِرُ المَكفُولُ لَهُ أَن يُخَاصِمَهُ فِيهِ، مِثلُ أَن يَكُونَ فِي مِصرٍ: بَرِئَ الكَفِيلُ مِن الكَفَالَةِ) لِأَنَّهُ أَتَى بِمَا التَزَمَهُ وَحَصَلَ المَقصُودُ

والفرق أن اللحاق موت حكمي في قسمة ماله بين ورثته؛ لظهور عدم العصمة في ماله، كمال أهل الحرب، وأقرب الناس إليه وارثه فيعطى له، أما الحقوق الثابتة في ذمته كلزوم التوبة ورجوعه إلى الإسلام وتسليم النفس إلى من يستحق تسليمه فباقية كما كانت لبقاء ذمته حقيقة، والكفيل قادر على رده بأن يتقدم موادعة بيننا وبين أهل الحرب أن من لحق بهم مرتدًّا يردونهم علينا إذا طلبنا، وإن لم يتقدم موادعة على الوجه الذي قلنا فالكفيل لا يؤاخذُ به. كذا في الذخيرة والمبسوط [١].

وقال الشافعي[٢]: لو غاب المكفول بنفسه غيبة منقطعة، بأن لا يعرف موضعه وينقطع خبره، سقط الطلب عن كفيله لعجزه.

ولو غاب مسافة القصر، [وعلم مكانه ففيه وجهان: أظهرهما: لا يسقط الطلب عنه كما فيما دون مسافة القصر][٣]، وهو قولنا[٤] وأحمد[٥] كما في اللحاق بدار الحرب، والثاني: أنه لا يطالب به إلحاقًا بالغيبة المنقطعة[٦]، وقال مالك: لو سافر إلى موضع بعيد وليس من شأنه السفر إلى مثله سقط الطلب. ذكره في الجواهر.

(ولو سلمه قبل ذلك) الوقت أي: الوقت الذي عينه **(برئ؛ لأن الأجل حقه)** أي: حق الكفيل.

وفي المبسوط: كفله إلى شهر ثم سلمه قبل الشهر برئ[٧].

قوله: (لأن التأجيل حق الكفيل) وقد أسقطه، كدين مؤجل قضاه قبل الأجل، ولم يكن للطالب أن يأبى القبول فكذا هذا، وقال أحمد[٨]: إن كان في

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٦٤).
(٢) انظر: المجموع (١٤/ ٥١).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) انظر: البحر الرائق (٦/ ٢٢٨).
(٥) انظر: الكافي (٢/ ١٣٣).
(٦) انظر: النهر الفائق (٣/ ٥٤٨).
(٧) المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٦٦).
(٨) انظر: شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٣٢).

بِهِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ مَا الْتَزَمَ التَّسلِيمَ إِلَّا مَرَّة. قال: (وَإِذَا كَفَلَ عَلَى أَن يُسَلِّمَهُ فِي مَجلِسِ الْقَاضِي فَسَلَّمَهُ فِي السُّوقِ بَرِئَ) لِحُصُولِ الْمَقصُودِ، وَقِيلَ فِي زَمَانِنَا: لَا يَبرَأُ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ الْمُعَاوَنَةُ عَلَى الِامتِنَاعِ لَا عَلَى الْإِحضَارِ فَكَانَ التَّقيِيدُ مُفِيدًا (وَإِن سَلَّمَهُ فِي بَرِّيَّة لَم يَبرَأ) لِأَنَّهُ لَا يَقدِرُ عَلَى الْمُخَاصَمَةِ فِيهَا فَلَم يَحصُل الْمَقصُودُ، وَكَذَا إِذَا سَلَّمَهُ فِي سَوَاد لِعَدَمِ قَاض يَفصِلُ الْحُكمَ فِيهِ، وَلَو سَلَّمَ فِي مِصر آخَرَ غَيرِ الْمِصرِ الَّذِي كَفَلَ فِيهِ، بَرِئَ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ لِلقُدرَةِ عَلَى الْمُخَاصَمَةِ فِيهِ. وَعِندَهُمَا: لَا يَبرَأُ(*)، لِأَنَّهُ قَد تَكُونُ شُهُودُهُ فِيمَا عَيَّنَهُ.

تسليمه قبل الأجل ضرر، مثل ألا يكون يوم مجلس الحكم، أو دين مؤجل لا يكون تسليمًا، وإلَّا يكون تسليمًا.

قوله: (وفي زماننا لا يبرأ) قال مشايخنا المتأخرون: هذا الجواب على عادتهم في ذلك الزمان؛ لغلبة المعاونة على الحق، أما في زماننا فأكثر الناس يعينون على الامتناع من الحضور لغلبة أهل الفسق والفساد فلا يبرأ، وقالت الأئمة الثلاثة[1]: إذا عيَّن مكانًا، وفي تسليمه في غيره ضررٌ يتعين ذلك المكان.

قوله: (وعندهما لا يبرأ)[2] وبه قالت الأئمة الثلاثة[3]، وعن بعض أصحاب أحمد[4] مثل قول أبي حنيفة.

وقيل: هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حُجّة وبرهان، فأبو حنيفة في القرن الثالث، والغلبة لأهل الصلاح، والقضاة لا يرغبون في الميل إلى الرشوة، وعامل كل مصر ينقاد لأمر الخليفة، فلا يقع التفاوت بين مصر ومصر، وتغير الحال في زمنهما، وظهر الفساد والميل من القضاة إلى الرشوة، وعامل كل مصر لا ينقاد لأمر الخليفة فيُفيد التقييد، ولهما ما ذكر في الكتاب.

(*) الراجح: قول الصاحبين.
(١) انظر: مطالب أولي النهى (٣/ ٣١٩).
(٢) انظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/ ٣١١).
(٣) انظر: التهذيب في اختصار المدونة (٤/ ١٣)، والحاوي الكبير (٦/ ٤٦٥)، وبحر المذهب للروياني (٥/ ٤٩٨)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٤١٧)، والمبدع في شرح المقنع (٤/ ٢٤٨).
(٤) انظر: المبدع في شرح المقنع (٤/ ٢٤٨)، وحاشية الخلوتي على منتهى الإرادات (٣/ ١١٣).

وَلَو سَلَّمَهُ فِي السِّجنِ وَقَد حَبَسَهُ غَيرُ الطَّالِبِ لَا يَبرَأُ، لِأَنَّهُ لَا يَقدِرُ عَلَى المُخَاصَمَةِ فِيهِ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ المَكفُولُ بِهِ بَرِئَ الكَفِيلُ بِالنَّفسِ مِن الكَفَالَةِ) لِأَنَّهُ عَجَزَ عَن إحضَارِهِ، وَلِأَنَّهُ سَقَطَ الحُضُورُ عَن الأَصِيلِ فَيَسقُطُ الإِحضَارُ عَن الكَفِيلِ، وَكَذَا إذَا

ولأبي حنيفة أنه سلمه في موضع أمن وغياث فيبرأ، كما لو سلمه في ذلك المصر؛ إذْ يقدر على محاكمته عند القاضي ليثبت الحق أو يأخذ الكفيل، ويمكن أن يكون شهوده في ذلك، ويمكن ألا يكون، فيقابل الموهومات، وبقي التسليم متحققًا من الكفيل على الوجه الذي التزمه. كذا في المبسوط[(١)].

قوله: (**ولو سلمه في السجن**) [٢/ ١٦٢/ب] إلى آخره، وعند مالك يبرأ، وعند أحمد[(٢)] إن كان في سجن القاضي الذي يُرفع الحكم إليه يبرأ، وإلا فلا.

قوله: (**فإذا مات المكفول به**) وهو المدعى عليه (**برئ الكفيل بالنفس من الكفالة**) وبه قال الشافعي في وجه[(٣)] وأحمد[(٤)]، وقال في أصح الوجهين: يطالبُ بإحضار الميت ما لم يدفن، إذا أراد المكفول إقامة الشهادة على صورته، كما لو تكفل ابتداء ببدن الميت، وهل يطالب الكفيل بما عليه أو لا؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا، وبه قال أصحابنا[(٥)] وأحمد[(٦)] والشعبي وشريح وحماد بن أبي سليمان، وقال[(٧)] مالك والليث: يلزمه ما عليه، وبه قال ابن شريح من أصحاب الشافعي[(٨)]؛ لأن الكفالة وثيقة فيستوفى الحق منها إذا تعذَّر تحصيله ممن عليه، كالرهن.

وقلنا: التزم إحضاره لا بما عليه، كما لو ضمن المسلم فيه فانقطع، لا يطالب برأس المال الضمين. كذا في شرح الوجيز.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٦٧).

(٢) انظر: المبدع في شرح المقنع (٤/ ٢٤٨).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٦٤).

(٤) انظر: الشرح الكبير (٥/ ١٠٤).

(٥) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ١٣).

(٦) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٤٢٠).

(٧) انظر: شرح التلقين (٣/ ١٧١).

(٨) انظر: العزيز شرح الوجيز (٥/ ١٦٦).

مَاتَ الكَفِيلُ، لِأَنَّهُ لَم يَبقَ قَادِرا عَلَى تَسلِيمِ المَكفُولِ بِنَفسِهِ، وَمَالُهُ لَا يَصلُحُ لِإِيفَاءِ هَذَا الوَاجِبِ بِخِلَافِ الكَفِيلِ بِالمَالِ.

وَلَو مَاتَ المَكفُولُ لَهُ فَلِلوَصِيِّ أَن يُطَالِبَ الكَفِيلَ، فَإِن لَم يَكُن فَلِوَارِثِهِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ المَيِّتِ.

قَالَ: (وَمَن كَفَلَ بِنَفسِ آخَرَ وَلَم يَقُل: إِذَا دَفَعتُ إِلَيك فَأَنَا بَرِيءٌ، فَدَفَعَهُ إِلَيهِ فَهُوَ بَرِيءٌ) لِأَنَّهُ مُوجِبُ التَّصَرُّفِ فَيَثبُتُ بِدُونِ التَّنصِيصِ عَلَيهِ، وَلَا يُشتَرَطُ قَبُولُ

قوله: (لإيفاء هذا الواجب) وهو الإحضار وتسليم المكفول به، فإن مال الكفيل لا يصلح لذلك، بخلاف الكفالة بالمال، فإن المال لا يقوم مقام النفس؛ إذِ المال غير النفس، والواجب[١] بهذه الكفالة إحضار النفس، على أن الورثة إنما يخلفونه فيما له لا فيما عليه، بخلاف الكفيل بالمال، حيث لا تبطل الكفالة بموته؛ إذِ المقصود هنا إيفاء حق المكفول به بالمال، ومال الكفيل صالح له، فلا تبطل الكفالة، ويؤخذ من تركته، وترجع ورثته على المكفول عنه، إذا كانت الكفالة بأمره كما في حال الحياة.

ولو كان الدَّين مؤجلًا، ومات الكفيل قبل الأجل يؤخذ من تركته حالًّا، ولكن ورثته ترجعُ على الذي عليه الأصل بعد حلول الأجل؛ لأن الأجل باقٍ في حق الأصيل؛ لبقاء حاجته، أما الكفيل استغنى عن الأجل بالموت. كذا في المبسوط[٢].

وبقولنا قال الشافعي[٣] وأحمد[٤]، وعن زفر[٥] أن للورثة مطالبته حالًّا؛ لأنه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته.

وقلنا: إنه دين مؤجل، فلا تجوز مطالبته قبل الأجل، وإنما أدخله في الدين المؤجل وحلوله بسبب من جهته، فصار كما لو قضى قبل الأجل.

قوله: (لأنه) أي: دفع المكفول به إلى الطالب **(موجب التصرف)** الكفالة

---

(١) في الأصل: (حقيقة)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٦٨).
(٣) انظر: روضة الطالبين (٤/ ٢٥٨)، وحاشية الجمل على شرح المنهج (٣/ ٣٨٤).
(٤) انظر: كشاف القناع (٣/ ٣٧٩).
(٥) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٤٢٧).

الطَّالِبِ التَّسلِيمَ كَمَا فِي قَضَاءِ الدَّينِ، وَلَو سَلَّمَ المَكفُولُ بِهِ نَفسَهُ مِن كَفَالَتِهِ صَحَّ، لِأَنَّهُ مُطَالَبٌ بِالخُصُومَةِ فَكَانَ لَهُ وِلَايَةُ الدَّفعِ، وَكَذَا إِذَا سَلَّمَهُ إِلَيهِ وَكِيلُ الكَفِيلِ أَو رَسُولُهُ لِقِيَامِهِمَا مَقَامَهُ.

والموجبات تثبت بدون ذكرها صريحًا، كثبوت الملك بالشراء وإن لم يصرّح به.

قوله: (كما في قضاء الدين) إذا سلمه ـ ولا مانع هاهنا من القبض ـ برئ المديون وإن لم يقبضه، وكالغاصب إذ ردَّ المغصوب على المالك، والبائع إذا سلم المبيع إلى المشتري، وبه قال مالك(١) وأحمد(٢).

وقال الشافعي(٣): لزمه القبول، ولو امتنع من القبول؛ قال بعض أصحابه: رُفِعَ الأمرُ إلى القاضي، ويسلمه حتى يبرأ، فإن لم يجد حاكمًا أحضر شاهدين ليشهدوا على امتناعه، وبه قال بعض أصحاب أحمد(٤).

قوله: (لأنه مطالب) أي: لأن المكفول به مطالب **(بالخصومة)** وفي بعض النسخ (بالحضور).

وفي المبسوط: لو دفع نفسه، وقال: دفعت نفسي إليك من كفالة فلان ـ برئ الكفيلُ، ولا نعلم فيه خلافًا؛ لأن للكفيل أن يطالبَهُ بالحضور ويسلمه إذا طولبَ به؛ فهو إنما يبرئ نفسَه عن ذلك بهذا التسليم، فلا يكون متبرعًا فيه، كالمُحيل إذا قضى الدَّين بنفسه يصح تسليمه قَبِل الطالب أو لم يقبل(٥).

وفي شرح الوجيز ولو قال: سلمتُ نفسي إليك من جهة الكفيل يبرأ الكفيل، ولو لم يسلم نفسَه من جهة الكفيل لم يبرأ الكفيل، ولو سلمه أجنبي لا عن جهة الكفيل لم يبرأ الكفيل، وهذا لا خلاف فيه، ولو سلمه الأجنبي من جهة الكفيل؛ إن كان بأمر الكفيل يبرأ الكفيل؛ لأنه وكيل الكفيل ورسوله، وإلا لا، ولكن لو قبل الطالب برئ الكفيل، ولا نعلم فيه خلافًا.

---

(١) انظر: المدونة (٤/ ٩٨)، شرح التلقين (٣/ ١٣٥)، وإرشاد السالك (١/ ٩٦).
(٢) انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي (٤/ ١٢١)، والمبدع في شرح المقنع (٤/ ٢٤٥).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (٦٣/ ٤٦٤)، والمهذب في فقه الإمام الشافعي (٢/ ١٥٤).
(٤) انظر: كشاف القناع (٣/ ٣٧٥).
(٥) المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٦٩).

قَالَ: (فَإِن تَكَفَّلَ بِنَفسِهِ عَلَى أَنَّهُ إن لَم يُوَافِ بِهِ إِلَى وَقتِ كَذَا فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا عَلَيهِ، وَهُوَ أَلفٌ: فَلَم يُحضِرهُ إِلَى ذَلِكَ الوَقتِ لَزِمَهُ ضَمَانُ المَالِ) لِأَنَّ الكَفَالَةَ بِالمَالِ مُعَلَّقَةٌ بِشَرطِ عَدَمِ المُوَافَاةِ، وَهَذَا التَّعلِيقُ صَحِيحٌ، فَإِذَا وُجِدَ الشَّرطُ لَزِمَهُ المَالُ (وَلَا يَبرَأُ عَنِ الكَفَالَةِ بِالنَّفسِ) لِأَنَّ وُجُوبَ المَالِ عَلَيهِ بِالكَفَالَةِ لَا يُنَافِي الكَفَالَةَ بِنَفسِهِ، إذ كُلُّ وَاحِد مِنهُمَا لِلتَّوَثُّق ....

قوله: (وإن لم يواف به) أي: إن لم يأت به، وافاه: أتاه، مفاعلة من الوفاء، ومنه كفل بنفس رجل على أن يوافي به المسجد الأعظم. كذا في المغرب[(١)].

والتقييد بما عليه مفيد، لأنه إذا قال ما عليه ولم يُسَمِّ كم هو جاز؛ لأن جهالة المكفول به لا تمنع صحتها، لأنها مبنية على التوسع، ولأن ما عليه معلومٌ في نفسه، وإن لم يكن معلومًا فإعلامه ممكن؛ ألا ترى أنه قال: لو تكفلت بما أدركك في هذه الجارية المشتراة من درك كان جائزًا، وأصل اللحوق في الدرك، وقدر ما يلحقه فيه الدرك مجهول، وقد اعتاد الكفالة بهذه الصفة، وكذا الكفالة بالشجة صحيحة، مع أن الشجة غير معلومة: هل تبلغ النفس أم لا تبلغ؟ وبقولنا قال أحمد[(٢)].

قوله: (ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس)، [٢/ ١٦٣/أ] فإن قيل: ينبغي أن يبرأ؛ إذْ وجوب الكفالة بالمال بطريق البدلية من الكفالة بالنفس، كما في قوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ﴾ [البقرة:١٩٦]، وقوله ﷺ: «**التُّرَابُ طَهُورُ المُسْلِمِ إلى عَشْرِ حُجَجٍ مَا لَمْ يَجِدْ المَاءَ**»[(٣)]، فإن قوله: **(إن لم يواف به غدًا فأنا ضامن)** - وِزانُهُ.

قلنا: الكفالة بالمال ليست ببدل عن الكفالة بالنفس؛ لأن كل واحدٍ منهما مشروعٌ **(للتوثق)** فالتوثق بالكفالة بالنفس لا ينافي التوثق بالكفالة بالمال، وهذه

---

(١) انظر: المغرب في ترتيب المعرب (١/ ٤٩١).
(٢) انظر: دقائق أولي النهى بشرح منتهى الإرادات (٢/ ١٣١)، وكشاف القناع (٣/ ٣٧٧).
(٣) أخرجه أبو داود (١/ ٩١ رقم ٣٣٣)، والترمذي (١/ ١٨٤ رقم ١٢٤)، والحاكم (١/ ١٧٦ رقم ٦٢٧) من حديث أبي ذر الغفاري رضي الله عنه.
قال الترمذي: حديث حسن صحيح، وقال الحاكم: حديث صحيح ولم يخرجاه.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تَصِحُّ هَذِهِ الكَفَالَةُ، لِأَنَّهُ تَعلِيقُ سَبَبِ وُجُوبِ المَالِ بِالخَطَرِ فَأَشبَهَ البَيعَ.

الصُّنْعة هنا لم تكن لإظهار البدلية؛ بل هي لتعلق الكفالة بالمال، وهي مما تتعلق بالشرُوط الملائمة كما يجيء.

وفي المبسوط: لا منافاة بين الكفالتَيْن، ولهذا لو كفل بهما جميعًا كان صحيحًا، وبعدما صحت الكفالة بالنفس لا يبرأ عنها إلا بالموافاة بالنفس، ولم يوجد، وهذا نظير ما لو وكَّل رجلًا أن يخلع امرأته، وقال له: إن أبت الخلع فطلقها، فأبتْ فطلقها الوكيل ـ وقع، ولا تبطل الوكالة بالخَلع، حتى لو خلع في العدة جاز الخلع.

قوله: **(وقال الشافعي)**[1] وفي المبسوط ذكر ابن أبي ليلى مكان الشافعي.

ثم التقييد بقوله: **(هذه الكفالة)** للاحتراز عن سائر الكفالات بالمال بدون التعليق بالشروط، لا للاحتراز عن الكفالة بالمال، فإن عنده كلتاهما باطلتان، ذكره الإمام قاضي خان والمرغيناني؛ لما أن الكفالة بالنفس لا تصح عنده؛ لما مرَّ. كذا في النهاية.

قلتُ: على قوله: المنصوص بصحة الكفالة بالنفس تبطل الكفالة بالمال فقط، ويفهم ذلك من كتبهم، وتعليل الكتاب يدل أيضًا عليه.

(لأنه) أي: هذا التعليق **(تعليق وجود المال)**[2] أي: سبب وجوب المال، وبه صرح في بعض النسخ **(فأشبه البيع)** أي: تعليق البيع، وصار كما لو قال: إن دخلت الدار فأنا كفيل بمالك على فلان.

ولنا قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف:٧٢] علّق الكفالة بالشرط، وهو المجيء بالصاع، وشريعة من قبلنا تلزمنا قبل النسخ، ولأن القياس يترك بالتعامل، كما في الاستصناع، وقد يتامل الناس تعليق الكفالة بعدم الموافاة.

---

(١) انظر: نهاية المطلب (٧/ ١٩)، وروضة الطالبين (١٤/ ٢٦١).
(٢) هكذا بالأصول الخطية، وتقدم في المتن: (تعليق وجوب المال).

وَلَنَا: أَنَّهُ يُشبِهُ البَيعَ وَيُشبِهُ النَّذرَ مِن حَيثُ إِنَّهُ التِزَامٌ. فَقُلنَا: لَا يَصِحُّ تَعلِيقُهُ بِمُطلَقِ الشَّرطِ، كَهُبُوبِ الرِّيحِ وَنَحوِهِ. وَيَصِحُّ بِشَرط مُتَعَارَف عَمَلًا بِالشَّبَهَينِ، وَالتَّعلِيقُ بِعَدَمِ المُوَافَاةِ مُتَعَارَفٌ.

قَالَ: (وَمَن كَفَلَ بِنفسِ رَجُل وَقَالَ: إِن لَم يُوَافِ بِهِ غَدًا فَعَلَيهِ المَالُ، فَإِن مَاتَ المَكفُولُ عَنهُ: ضَمِنَ المَالَ) لِتَحَقُّقِ الشَّرطِ وَهُوَ عَدَمُ المُوَافَاةِ.

(ولنا أنه) أي: عقد الكفالة **(يشبه البيع)** أي: انتهاء، من حيث إن الكفيل يرجع على الأصيل إذا كان بأمره **(ويشبه النذر)** من حيث إنه التزام شيء غير لازم؛ فلشبهه بالبيع ألا يجوز تعليقه بالشرط كما في البيع، ولشبهه بالنذر ينبغي أن يجوز بالشروط كلها، فقلنا: يجوز بشرط متعارف، ولا يجوز بشرط غير متعارف؛ عملًا بالشبهين، وتعليقه بعدم الموافاة متعارف، وبدخول الدار غير متعارف، وما قال الشافعي: إن هذا التعليق التزام المال، غير مسلم، فإن الكفالة عندنا التزام المطالبة لالتزام المال. كذا في الفوائد الظهيرية.

قوله: (ومن كفل بنفس رجل) إلى قوله: **(وهو عدم الموافاة).**

فإن قيل: هذه المسألة عين الأولى، غير أن في الأولى لم يذكر موت المكفول به، وهاهنا ذكره، وبه لا يقع الفرق؛ إذْ لزوم المال بموته وعدم موته لا يتفاوت.

قلنا: بل بينهما فرق، وهو أنه لم يذكر في بعض نسخ الجامع لفظ الغد في هذه المسألة، فكان تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة مطلقًا، وهناك مقيدًا، فكان بينهما فرق؛ إذِ المطلق غير المقيد، وعلى ذكر الغد فالفرق بينهما بوجه آخر: وهو أن المكفول به مات قبل مجيء الغد، فوجب المال على الكفيل عند مجيء الغد، فيتوهم متوهم بافتراق الحكم في عدم الموافاة بين كونه حيًّا أو ميتًا، فأزال ذلك الوهم بذكرها.

فإن قيل: شرط الكفالة بالمال عند عدم الموافاة بقاء الكفالة بالنفس على حالها؛ ولهذا لو أبرأ الكفيل عن الكفالة بالنفس عند عدم الموافاة، فانفسخت الكفالة بالنفس قبل وجود شرط الكفالة بالمال في مسألة: (شَرِب ماءَ الكوز اليوم فأهريق قبل الليل)، لا يحنث عند أبي حنيفة ومحمد.

قَالَ: (وَمَن ادَّعَى عَلَى آخَرَ مِائَةَ دِينَار بَيَّنَهَا أَو لَم يُبَيِّنهَا، ....

قلنا: الإبراء وضع لفسخ الكفالة، والموت لم يوضع له، فبالإبراء تنفسخ الكفالة من كل وجه، وبالموت ينفسخ فيما يرجع إلى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عنه، ولا ضرورة بالقول بانفساخها في حق الكفالة بالمال؛ لأن عدم الموافاة بالعجز عن تسليم النفس يتحقق. كذا في الفوائد الظهيرية.

ثم قال: وهذا إذا مات المكفول به، فإن مات الكفيل قبل انقضاء المدة فأشار في الأصل أن المال يجب دينًا في تركة الكفيل إذا مضت المدة.

وذكر المحبوبي في جامعه جواب تلك الشبهة بوجهٍ آخر فقال: تصحيح الكفالة هاهنا بطريق التقديم والتأخير، وهو أن يجعل كأنه كفل بالمال في الحال، ثم علق الإبراء منها بالموافاة بالنفس، والموافاة بالنفس [٢/ ١٦٣/ ب] لا توجد بالموت، فبقي المال واجبًا، ولا حاجة إلى هذا التقديم والتأخير في اليمين بالطلاق، ولأن الطلاق يحتمل التعليق بالشرط، وبعد الوقوع لا يحتمل الرفع؛ فلهذا افترقا.

قوله: (**وبيَّنها**) أي: صفة مائة دينار؛ أنها جيدة أو رديئة، أو خليفية أو ركنية (**أو لم يبينها**) أو معناه، وبين المائة بدعواه مائة دينار، ولم يبين قدر الدينار، ولم يذكر المائة؛ إذْ صورة المسألة في جامعي شمس الأئمة وفخر الإسلام: رجلٌ ادَّعى عليه مائة دينار، أو لزمه ولم يدّعِ عليه المائة دينار، وقال رجلٌ: دعه أنا كفيل بنفسه إلى غد، فإن لم أوافك به غدًا فعليَّ المائة دينار، فَرَضِيَ به ولم يواف به.

قال: عليه المائة دينار في الوجهين جميعًا إذا ادَّعى صاحب الحق، وهذا قول أبي يوسف.

وقال محمد[1]: إذا ادَّعاها ولم يسمها حتى كفل به بمائة دينار، ثم ادَّعى بعد ذلك لا يلتفتُ إلى دعواه، وبقول محمد قال الشافعي[2]، وبقولهما قال أحمد[3].

---

(١) انظر: النهر الفائق (٣/ ٥٥٢).

(٢) انظر: بحر المذهب للروياني (٥/ ٤٩٤).

(٣) انظر: الكافي (٢/ ١٣٣).

حَتَّى تَكَفَّلَ بِنَفسِهِ رَجُلٌ عَلَى أَنَّهُ إن لَم يُوَافِ بِهِ غَدًا فَعَلَيهِ المِائَةُ، فَلَم يُوَافِ بِهِ غدا: فَعَلَيهِ المِائَةُ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إن لَم يُبَيِّنهَا حَتَّى تَكَفَّلَ بِهِ رَجُلٌ ثُمَّ ادَّعَى بَعدَ ذَلِكَ لَم يُلتَفَت إلَى دَعوَاهُ(*) لِأَنَّهُ عَلَّقَ مَالًا مُطلَقًا بِخَطَرٍ؛ أَلَا

وفي شرح المجمع: **هاهنا ثلاث مسائل:**

إحداها: أن يكفل بنفس زيد، وقال: إن لم أوافك غدًا فعليَّ ألفُ درهم، ولم يقل التي لك على زيد.

والثانية: أن يقول: الألف التي لك على زيد.

والثالثة: أن يقول: تكفلتُ لك بنفس زيد إن لم أوافك به غدًا فعليَّ نفسُ عمرو، وعمرو غريم آخر للطالب، أو مالك على عمرو.

فعند محمد تصح الكفالة في التي قال: عليَّ الألف التي لك على زيد فقط، وفي القياس: لم تصح الكفالة الثانية؛ لما أنه تعليق وجوب المال بالخطر، وفي الاستحسان يجوز في العرف، ولا تعارف في غيرها.

قوله: (**إن لم يبينها**) أي: صفة المائة، أو نفس المائة بأن لم يذكرها (**لم يُلتفت إلى دعواه**) أي: دعوى الطالب (**لأنه**) أي: الكفيل (**علَّق مالًا مطلقًا**) أراد بإطلاقه عدم نسبة المائة المدعى به، حيث لم يقل: تكفلت بمالك عليه (**بخطر**) أي: بتردد، وهو شرط عدم الموافاة، فلا تصح الكفالة على هذا الوجه، وإنْ بيَّن المائة لاحتمال أن يلزم المائة على وجه الرشوة للمدعي حتى يترك المدعى عليه في الحال. هكذا ذكر الماتريدي.

وذكر الكرخي[١]: إن لم يدع مالًا مقدرًا لم يستوجب إحضاره إلى مجلس القاضي؛ لفساد الدعوى لجهالة المدعى به فلم تصح الكفالة بالنفس، فلم تصح الكفالة بالمال؛ لأنها بناء على الكفالة بالنفس، وهذا يوجب أن تصح الكفالة بالنفس إذا بيَّن المال.

ولهما أن المال معرّف فينصرفُ إلى ما عليه؛ تصحيحًا لكلام العاقل إذا

(*) الراجح: قول الشيخين.

(١) انظر: البناية في شرح الهداية (٨/ ٤٣٠).

يَرَى أَنَّهُ لَم يَنسُبهُ إِلَى مَا عَلَيهِ، وَلَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ عَلَى هَذَا الوَجهِ وَإِن بَيَّنَهَا، وَلِأَنَّهُ لَم تَصِحَّ الدَّعوَى مِن غَيرِ بَيَان، فَلَا يَجِبُ إِحضَارُ النَّفسِ، وَإِذَا لَم يَجِب لَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِالنَّفسِ فَلَا تَصِحُّ بِالمَالِ، لِأَنَّهُ بِنَاءٌ عَلَيهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَيَّنَ. وَلَهُمَا: أَنَّ المَالَ ذُكِرَ مُعَرَّفًا فَيَنصَرِفُ إِلَى مَا عَلَيهِ، وَالعَادَةُ جَرَت بِالإِجمَالِ فِي الدَّعَاوَى فَتَصِحُّ الدَّعوَى عَلَى اعتِبَارِ البَيَانِ، فَإِذَا بَيَّنَ التَحق البَيَانُ بِأَصلِ الدَّعوَى، فَتَبَيَّنَ صِحَّةُ الكَفَالَةِ الأُولَى فَيَتَرَتَّبُ عَلَيهَا الثَّانِيَةُ.

قَالَ: (وَلَا تَجُوزُ الكَفَالَةُ بِالنَّفسِ فِي الحُدُودِ وَالقِصَاصِ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ) مَعنَاهُ:

كان المالُ معلومًا عند الدعوى، وأما إذا لم يكن معلومًا عند الدعوى؛ فلأن العادة جرت فيما بين الناس أنهم يحملون الدعوى أولًا في غير مجلس القاضي، ويبينون عند القاضي دفعًا لحيل الخصوم، وصونًا لكلامهم إلى وقت الحاجة، فصحت الدعوى والملازمة على احتمال البيان من جهته، فإذا بيَّن انصرف بيانه إلى ابتداء الدعوى فتظهرُ به، صحت الكفالة بالنفس، فتصح الكفالة بالمال؛ لأنها بناء على الكفالة بالنفس، ويكون القول له في هذا البيان؛ لأنه يدعي صحة الكفالة، والكفيل يدعي الفساد.

ذكر في الذخيرة: وجه قولهما في المسألة: أن بين الكفالتين اتصالًا؛ لأن التعليق بعدم الموافاة صحيحة كما في المسألة الأولى، وفي تصحيح الكفالة الثانية تأكيد موجب الأولى فكذا هاهنا؛ لأن الكفالتين بشخص، واحد ففي تصحيحه تأكيد موجب الأولى، لأن موجبها الموافاة، فمتى عُلم أنه لم يواف به لزمته الكفالة الثانية، جدَّ في طلبه ليوافي به؛ دفعًا لضرر التزام الثانية.

قوله: (ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود) إلى آخره[١]، وبقول أبي حنيفة قال الشافعي في قول[٢]، وأحمد[٣] وأكثر أهل العلم، وعندهما يجبر في حد القذف والقصاص، وبه قال الشافعي في المشهور عنه[٤]، وعن مالك مثله[٥].

---

(١) انظر: مختصر القدوري (١/ ١١٨).
(٢) انظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٦٣).
(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٤١٦).
(٤) بحر المذهب للروياني (٥/ ٤٥).
(٥) انظر: بداية المجتهد (٤/ ٨١)، الذخيرة للقرافي (٩/ ١٨٩).

لَا يُجبَرُ عَلَيهَا عِندَهُ، وَقَالَا: يُجبَرُ فِي حَدِّ القَذفِ(*)، لِأَنَّ فِيهِ حَقَّ العَبدِ وَفِي القِصَاصِ، لِأَنَّهُ خَالِصُ حَقِّ العَبدِ ....

وصورة المسألة: أن تكفل بنفس من عليه حد أو قصاص حتى يحضره في مجلس القاضي إذا جاء الشهود أو عدلوا، أما لو كفل بنفس الحد والقصاص لا يجوز بالإجماع(١)؛ لأن الكفالة إنما تصحُ فيما تجري فيه النيابة، وفي إيفاء الحد لا تجري النيابة، لأنه من العقوبات، وفيها لا تجري النيابة؛ لعدم حصول المقصود، وهو الزجر.

قوله: (وقالا: يجبر...، لأن فيه) أي: في حد القذف **(حق العبد)** وإن كان المغلبُ حق الله تعالى؛ ولهذا شرط فيه الدعوى، والمدعي يحتاج إلى أن يجمع بين الشهود وبين المطلوب، والمطلوبُ قد يخفي نفسه، فيحتاج إلى أن يأخذ منه كفيلًا.

وألحق الإمام المحبوبي حدَّ السرقة بحدِّ القذف في الجبر بالكفالة على قولهما، وفي الجواز بغير الجبر على قول أبي حنيفة؛ لأنه من الحدودِ التي يتعلق بها حق العباد.

[٢/ ١٦٤/أ] وقال المرغيناني: ليس تفسير الجبر هنا الحَبس، لكن يأمره بالملازمة، وليس تفسيرُ الملازمة المنع من الذهاب؛ لكن يذهبُ الطالب مع المطلوب فيدوُر معه أينما دار؛ كيلا يتغيب، فإذا انتهى إلى باب الدار وأراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول، فإن أذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن، وإن لم يأذن يجلسه في باب داره ويمنعه من الدخول.

(لأنه) أي: القصاص **(خالص حق العبد)** أي: المغلب، فيجري الجبر في أخذ الكفيل كما في سائر حقوقه؛ بخلاف الحدود الخالصة، كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا تجوز الكفالة بها، وإن طابت نفس الكفيل به، سواء أعطى الكفيل قبل إقامة البينة أو بعدها؛ لأن قبلها لم يستحق عليه حضور مجلس

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) انظر: الإجماع لابن المنذر (ص: ١٢٠)، برقم ٦٤٩، المغني لابن قدامة (٤/ ٤١٦).

فَيَلِيقُ بِهِمَا الِاستِيثَاقُ كَمَا فِي التَّعزِيرِ، بِخِلَافِ الحُدُودِ الخَالِصَةِ لِلَّهِ تَعَالَى.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: قَولُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا كَفَالَةَ فِي حَدٍّ» مِن غَيرِ فَصل، وَلِأَنَّ مَبنَى الكُلِّ عَلَى الدَّرءِ فَلَا يَجِبُ فِيهَا الِاستِيثَاقُ، بِخِلَافِ سَائِرِ الحُقُوقِ، لِأَنَّهَا لَا تَندَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ فَيَلِيقُ بِهَا الِاستِيثَاقُ كَمَا فِي التَّعزِيرِ (وَلَو سَمَحَت نَفسُهُ بِهِ يَصِحُّ بِالإِجمَاعِ)، لِأَنَّهُ أَمكَنَ تَرتِيبُ مُوجِبِهِ عَلَيهِ، لِأَنَّ تَسلِيمَ النَّفسِ

الحكم بسبب الدعوى؛ لأنه لا تسمع دعوى أحد في الزنا والشرب، فهذا لو تكفل بحق واجب على الأصيل، وبعد قيام البينة قبل التعديل يحبس، وبه يحصل الاستيثاق، فلا معنى لأخذ الكفيل، بخلاف ما فيه حق العبد فإن حضوره مجلس الحكم مستحق عليه، فتصح الكفالة بإحضاره.

قوله: (فلا يجب فيها الاستيثاق)، فإن قيل: ينبغي ألا يحبس بعد إقامة شاهد عدل؛ لأن معنى الاستيثاق فيه أكثر.

قلنا: الحبس ليس للاحتياط؛ بل لتهمة الدعارة والفساد، فيحبس تعزيرًا به. كذا في الفوائد الظهيرية.

وفي جامع البرهاني: فإذا لم يكفل عنده ماذا يصنع به؟ قال: يلازمه إلى وقت قيام القاضي عن المجلس، فإن أحضر البينة فيها وإلا خلى سبيله، هذا إذا لم يقم شاهدًا عدلًا أو شاهدين مستورين، فإن أقام يحبس لا للتكفيل بل للتهمة، والحبس للتهمة مشروعٌ فإنه عليه السلام **«حَبَسَ رَجُلًا بِالتّهْمَةِ»**(١).

قوله: (كما في التعزير) أي: يجبر المطلوب في إعطاء الكفيل في الشيء الذي فيه التعزير؛ لأن هذه الدعاوى ودعوى المال سواء؛ لأن التعزير يخص حق العبد، ويثبت مع الشبهات، وبالشهادة على الشهادة، ويحلف فيه، فيجبر فيه، كالأموال.

قوله: (ولو سمحت نفسه) أي: نفس المدعى عليه بإعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في القصاص والحدود يصح بالإجماع.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٣١٤ رقم ٣٦٣٠)، والترمذي (٣/ ٨٠ رقم ١٤١٧)، والنسائي في الكبرى (٧/ ٨ ٧٣٢١)، والحاكم (٤/ ١٠٢ رقم ٧٠٦٣) من حديث معاوية بن حيدة رضي الله عنه.
قال الترمذي: حديث حسن، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

فِيهَا وَاجِبٌ فَيُطَالَبُ بِهِ الكَفِيلُ، فَيَتَحَقَّقُ الضَّمُّ. قَالَ: (وَلَا يُحبَسُ فِيهَا حَتَّى يَشهَدَ شَاهِدَانِ مَستُورَانِ أَو شَاهِدٌ عَدلٌ يَعرِفُهُ القَاضِي) لِأَنَّ الحَبسَ لِلتُّهمَةِ هَاهُنَا، وَالتُّهمَةُ تَثبُتُ بِأَحَدِ شَطرَيِ الشَّهَادَةِ: إِمَّا العَدَدُ أَو العَدَالَةُ، بِخِلَافِ الحَبسِ فِي بَابِ الأَموَالِ، لِأَنَّهُ أَقصَى عُقُوبَةٍ فِيهِ، فَلَا يَثبُتُ إِلَّا بِحُجَّةٍ كَامِلَةٍ. وَذَكَرَ فِي كِتَابِ أَدَبِ

وفي الفوائد الشاهية والخبازية: هذا في حد للعباد فيه حق، كحد القذف، أما في حد ليس للعباد فيه حق لا تجوز الكفالة وإن سمحت به نفسه[١]، وبه قال أحمد[٢] والشافعي[٣]؛ لعدم المطالب فيه، ولما بينا أن الاستيثاق ينافيه.

قوله: (ولا يحبس فيها) أي: في الحدود، وفي بعض النسخ (فيهما) أي: في حد القذف والقصاص.

قوله: (شاهدٌ عدلٍ يعرفه القاضي) أي: يعرف أنه عدل، قيد به؛ لما أنه لو كان مجهولًا لا يحبسه.

قوله: (لأن الحبس للتهمة) أي: تهمة الفساد (هاهنا) لا للاحتياط، وشهادة المستورين تصلح لإثبات الحكم فتصلح لإثبات التهمة، وخبر الواحد حجة في الديانات والمعاملات، فتثبت بشهادة العدل التهمة، وإن لم يثبت أصل الحق، والحبس لتهمة الفساد مشروعٌ؛ لما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ أنه «**حَبَسَ رَجُلًا لِلتُّهْمَةِ**»[٤].

قوله: (بخلاف الحبس في باب الأموال) في دعوى المال: لا يحبس بشهادة الواحد **(لأنه)** أي: لأن الحبس **(أقصى عقوبة فيه)** أي في المال، فإنه لو ثبت بالبينة وامتنع من الإيفاء يحبس، فكان الحبس أقصى عقوبة في المال، فلا يجوز أن يعاقب قبل ثبوته به، أما في الحدود والقصاص والتعزير أقصى العقوبة القتل أو الضرب، والحبس نوع عقوبة، فجاز أن يعاقب به قبل ثبوت الحد والقصاص.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (٢٠/ ١٠٢). (٢) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٤١٦).
(٣) انظر: الأم للشافعي (٥/ ٢٣٥).
(٤) أخرجه أبو داود (٣/ ٣١٤ رقم ٣٦٣٠)، والترمذي (٣/ ٨٠ رقم ١٤١٧)، والنسائي في الكبرى (٧/ ٨ رقم ٧٣٢١)، والحاكم (٤/ ١٠٢ رقم ٧٠٦٣) من حديث معاوية بن حيدة رضي الله عنه.
قال الترمذي: حديث حسن، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

القَاضِي: أَنَّ عَلَى قَولِهِمَا لَا يُحبَسُ فِي الحُدُودِ وَالقِصَاصِ بِشَهَادَةِ الوَاحِدِ لِحُصُولِ الِاستِيثَاقِ بِالكَفَالَةِ.

قَالَ: (وَالرَّهنُ وَالكَفَالَةُ جَائِزَانِ فِي الخَرَاجِ) لِأَنَّهُ دَينٌ مُطَالَبٌ بِهِ ....

وفي الصحاح[١]، والمغرب[٢]: التُّهَمَة، بالتحريك، وأصل التاء فيه واو: من وَهَمْتُ الشيء أَهِمُهُ وَهْمًا، من باب ضرب؛ أي: وقع في خَلَدي، والوهم: ما يقع في القلب من الخاطر، واتهمت فلانًا بكذا، والاسم: التُّهَمَة، بالتحريك، أصله: اِوْتَهَمْت، كما في اتكلت على فلان، أصله: اِوْتَكَلْت، بمعنى اعتمدت، قُلِبت الواو ياءً؛ لانكسار ما قبلها، ثم أبدلت منها فأدغمت في تاء الافتعال، ثم بنيت على هذا الاسم اسمًا من المال، وإن لم يكن فيها تلك العلة؛ توهمًا أن التاء أصلية، فمن تلك الأسماء: التكلان والتخمة والتهمة.

قوله: (**على قولهما لا يحبس**) يعني: في الحبس في الحدود عنهما روايتان: في رواية: يُحبس ولا يكفل، وفي رواية: عكسه، كحصول الاستغناء بأحدهما.

قوله: (**لأنه**) أي: الخراج (دين مطالبٌ به) ألا ترى أنه يحبس به ويلازم لأجله، ويمنع من وجوب الزكاة، فتجوز الكفالة والرهن به كسائر الديون. كذا في الفوائد الظهيرية.

فإن قيل: يشكل على هذا الزكاةُ، فإنه دينٌ [٢/ ١٦٤/ب] مطالب به من جهة العباد في الأموال الظاهرة الإمام، وفي الباطن نائبه، وهو المالك، كما مر في الزكاة، ولا تجوز الكفالة بدين الزكاة.

قلنا: قال التمرتاشي: إنما لا تصحّ[٣]؛ لأن الزكاة ليست بدين بل هو تمليك المال؛ ولهذا لا يؤخذ من تركته عندنا، بخلاف الخراج فإنه يؤخذ من تركته.

وقوله: (دين مطالب) راجعٌ إلى الكفالة.

---

(١) انظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (٥/ ٢٠٥٤).
(٢) انظر: المغرب في ترتيب المعرب (١/ ٤٩٨).
(٣) انظر: البناية (٨/ ٤٣٥).

مُمكِنُ الِاستِيفَاءِ فَيُمكِنُ تَرتِيبُ مُوجِبِ العَقدِ عَلَيهِ فِيهِمَا.

قَالَ: (وَمَن أَخَذَ مِن رَجُل كَفِيلًا بِنَفسِهِ ثُمَّ ذَهَبَ فَأَخَذَ مِنهُ كَفِيلًا آخَرَ، فَهُمَا كَفِيلَانِ) لِأَنَّ مُوجِبَهُ التِزَامُ المُطَالَبَةِ، وَهِيَ مُتَعَدِّدَةٌ، وَالمَقصُودُ التَّوَثُّقُ، وَبِالثَّانِيَةِ:

وقوله: (**ممكن الاستيفاء**) راجعٌ إلى الرهن؛ لأن الرهن توثيق لجانب الاستيفاء، فكان هذا من باب اللف والنشر، يعني لا بدَّ لصحة الكفالة المطالبة، ولصحة الرهن إمكان الاستيفاء، وإليه أشار شمس الأئمة في جامعه، وإنما أورد هذا لأن الخراج في حكم الصلات دون الديون المطلقة، ووجوبه بحق الشرع كالزكاة، فكان ينبغي ألا تصح الكفالة والرهن دون الديون، ولكن في حكم المطالبة بالإيفاء، والحبس فيه بمنزلة الديون، فأورده وبيَّن جواز الكفالة به والرهن به.

قوله: (**ثم ذهب وأخذ منه**) أي: ذهب الطالب وأخذ من المديون (**كفيلًا**) يصح، ولا تبطل الكفالة الأولى، ولا يعلم فيه خلاف[1].

قوله: (**لأن موجبه**) أي: موجب عقد الكفالة (**التزام المطالبة**) وهي تتعدد؛ ألا ترى أنهما لو كفلا جميعًا بنفسه معًا، جاز، فكذا إذا كفلا على التعاقب، ثم سلم أحدهما نفس الأصيل إلى الطالب، برئ هو دون الآخر، وليس هذا كالدين، فإنه لو قضى أحد الكفيلين الدَّين وأخذ الدين يبرآن.

وفي التفاريق: والكفلاء الثلاثة في العقد الواحد، أيهم سلم الأصيل كان كتسليمهم.

وفي الشافي: ثلاثة كفلوا بألف طالب كل واحدٍ بثلث الألف، وإن كفلوا على التعاقب يطالب كل واحد بالألف. كذا ذكره شمس الأئمة، والمرغيناني، والتمرتاشي.

---

(١) انظر: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى (١/ ٥٥)، والجامع الصغير وشرحه النافع الكبير (١/ ٣٦٩)، المدونة (٤/ ١٠٤)، والتبصرة للخمي (١٢/ ٥٦٢٨)، وشرح التلقين (٣-٢/ ٢١٥)، والذخيرة للقرافي (٩/ ٢٢٧)، والأم للشافعي (٧/ ١٢٤)، وتحفة المحتاج في شرح المنهاج (٥/ ٢٦٢)، ومغني المحتاج (٣/ ٢١٠)، والإرشاد إلى سبيل الرشاد (١/ ٣٣١)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٤٠٨)، وكشاف القناع (٣/ ٣٧٧).

يَزدَادُ التَّوَثُّقُ فَلَا يَتَنَافيَانِ (وَأَمَّا الكَفَالَةُ بِالمَالِ فَجَائِزَةٌ مَعلُومًا كَانَ المَكفُولُ بِهِ أَو مَجهُولًا، إِذَا كَانَ دَينًا صَحِيحًا، مِثلُ أَن يَقُولَ: تَكَفَّلت عَنهُ بِألف أَو بِمَا لَك عَلَيهِ أَو بِمَا يُدرِكُك فِي هَذَا البَيعِ) لِأَنَّ مَبنَى الكَفَالَةِ عَلَى التَّوَسُّعِ فَيَتَحَمَّلُ فِيهَا الجَهَالَةَ، وَعَلَى الكَفَالَةِ بِالدَّرَكِ إِجمَاعٌ وَكَفَى بِهِ حُجَّة، ....

قوله: (**مبنى الكفالة على التوسع**)[1] لأنها تبرع ابتداء، فلا تمنع صحتها الجهالة المستدركة اليسيرة.

(**فيتحمل فيها**) أي: في الكفالة، (**الجهالة**) أي: جهالة المكفول به، وبقولنا قال مالك[2] وأحمد[3] والشافعي في القديم[4]، وقال الشافعيّ[5] والثوريّ والليث وابن أبي ليلى وابن المنذر: لا يصح ضمان المجهول؛ لأنه التزام مال، فلم يصح مجهولًا، كالثمن في البيع.

ولنا قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف:٧٢] وحمل البعير غير معلوم؛ لأن حمل البعير يختلف باختلاف البعير، وعموم قوله ﷺ: «**الزّعيمُ غارِمٌ**»[6]، ولأنه التزام حق في الذمة من غير معاوضة فصح مجهولًا؛ لأنه تبرع كالنذر.

(**وعلى الكفالة بالدرك إجماع**[7]، **وكفى به حجة**)، وضمان الدرك هو أن يقول للمشتري: أنا ضامن للثمن إن استحق البيع أخذ.

وفي الصّحاح[8]: الدرك: التبعية، تسكن وتُحّرك، فقال: ما لحقك من

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٧٢). (٢) انظر: شرح التلقين (٣/ ١٤٦).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٤٢٢)، ودقائق أولي النهى بشرح منتهى الإرادات (٢/ ١٣٣).

(٤) انظر: روضة الطالبين (٤/ ٢٦١). (٥) انظر: المجموع (١٤/ ١٨).

(٦) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦ رقم ٣٥٦٥)، والترمذي (٢/ ٥٥٦ رقم ١٢٦٥)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٤ رقم ٢٤٠٥) من حديث أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه.
وحسنه الترمذي، وقال ابن حجر: حسنه الترمذي، وصححه ابن حبان. فتح الباري (٥/ ٢٤١)، وحسنه ابن الملقن في البدر المنير (٦/ ٧٠٧).

(٧) انظر: المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٣)، وبدائع الصنائع (٤/ ٢٠٢)، وشرح التلقين (٣-٢/ ١٥١)، والذخيرة للقرافي (٩/ ٢١٢)، والتنبيه في الفقه الشافعي (١/ ١٠٦)، وجواهر العقود لشمس الدين (١/ ١٤٨)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٤١٩)، والشرح الكبير في متن المقنع (٥/ ١٠١).

(٨) انظر: الصحاح تاج اللغة (٤/ ١٥٨٢).

وَصَارَ كَمَا إِذَا كَفَلَ لِشَجَّة صَحَّت الكَفَالَةُ وَإِن احتُمِلَت السِّرَايَةُ وَالِاقتِصَارُ، وَشَرَطَ أَن يَكُونَ دَينا صَحِيحًا، وَمُرَادُهُ: أَن لَا يَكُونَ بَدَلَ الكِتَابَةِ، وَسَيَأْتِيك فِي مَوضِعِهِ إن شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَالَ: (وَالمَكفُولُ لَهُ بِالخِيَارِ، إن شَاءَ طَالَبَ الَّذِي عَلَيهِ الأَصلُ، وَإِن شَاءَ طَالَبَ كَفِيلَهُ) لِأَنَّ الكَفَالَةَ ضَمُّ الذِّمَّةِ إِلَى الذِّمَّةِ فِي المُطَالَبَةِ، وَذَلِكَ يَقتَضِي قِيَامَ الأَوَّلِ لَا البَرَاءَةَ عَنهُ، إِلَّا إِذَا شَرَطَ فِيهِ البَرَاءَةَ فَحِينَئِذٍ تَنعَقِدُ حَوَالَة اعتِبَارًا لِلمَعنَى، كَمَا أَنَّ الحَوَالَةَ بِشَرطِ أَن لَا يَبرَأَ بِهَا المُحِيلُ تَكُونُ كَفَالَة (وَلَو طَالَبَ

درك فعليَّ خلاصُه، **(كما إذا كفل لشجة)** أي: خطأً، لأنها إذا كانت عمدًا فعلى تقدير السِّراية يجب القصاص أيَّ شجة كانت، إذا شجها بآلة جارحة، ولا تصح الكفالة عن القصاص، وقد مرَّ.

قوله: (دَينا صَحِيحًا، وَمُرَادُهُ: ألا يكون بدل كتابة) لأن بدل الكتابة ليس بدين صحيح؛ إذِ المكاتب يتمكن من أن يُسقط عن نفسه، بأن يعجز نفسه. كذا في المبسوط[(١)].

وفي التحفة: ثبوت هذا الدين مع المنافي؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده دينًا، والمكاتب عبدٌ ما بقي عليه درهم، إلا أنه لحاجته إلى العتق يثبتُ الدين، فكان ثابتًا في حقه لا في حق صحة الكفالة به، ولا خلاف فيه.

قوله: (وإن شاء طالب الكفيل) وبه قال أكثر أهل العلم[(٢)]، وعن مالك في رواية عنه: لا يُطالب الكفيل إلا إذا تعذَّر المطالبة عن الأصيل؛ لأنه وثيقة، فلا يُستوفى الحق منها إلا عند تعذر استيفائه من الأصيل كالرهن، وقلنا: حق المطالبة ثابت في ذمة الكفيل أو الدَّين على قول الأئمة الثلاثة، وأيا ما كان يملك المطالبة كالأصيل، أما الرهن مال مَن عليه الحق، وليس بذي ذمة يطالب؛ بل يطالب من عليه الدَّين ليقضي منه أو من غيره.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٨/ ٩٥).

(٢) انظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/ ٣١٢)، اللباب في شرح الكتاب (٢/ ١٥٥)، النوادر والزيادات على ما في المدونة (١٠/ ١٥٨)، التبصرة للخمي (١٢/ ٥٦٣٠)، المدونة (٤/ ١٠٤)، المقدمات الممهدات (٢/ ٣٧٨)، مختصر المزني (٨/ ٢٠٦)، الحاوي الكبير (٦/ ٤٦٧)، بحر المذهب للروياني (٥/ ٤٦٧)، المغني لابن قدامة (٤/ ٤٠٨).

أَحَدَهُمَا لَهُ أَن يُطَالِبَ الآخَرَ وَلَهُ أَن يُطَالِبَهُمَا) لِأَنَّ مُقتَضَاهُ الضَّمُّ، بِخِلَافِ المَالِكِ إِذَا اختَارَ تَضمِينَ أَحَدِ الغَاصِبِين، لِأَنَّ اختِيَارَهُ أَحَدَهُمَا يَتَضَمَّنُ التَّملِيكَ مِنهُ فَلَا يُمكِنُهُ التَّملِيكُ مِن الثَّانِي، أَمَّا المُطَالَبَةُ بِالكَفَالَةِ لَا تَتَضَمَّنُ التَّملِيكَ فَوَضَحَ الفَرقُ قَالَ: (وَيَجُوزُ تَعلِيقُ الكَفَالَةِ بِالشُّرُوطِ) مِثلُ أَن يَقُولَ: مَا بَايَعت فُلَانًا فَعَلَيَّ، أَو مَا ذَابَ لَك عَلَيهِ فَعَلَيَّ، ....

قوله: (**أحد الغاصبين**) أي: الغاصب وغاصب الغاصب (**يتضمن التمليك منه**) أي: من الذي لا يتضمن التمليك؛ أي: ما لم توجد حقيقة الاستيفاء. كذا في مبسوط شيخ الإسلام (**أما المطالبة بالكفالة لا يتضمن التمليك**) أي: ما لم توجد حقيقة الاستيفاء. كذا في المبسوط[(١)].

قوله: (**ما بايعتُ فلانًا**) قيد بقوله: فلانًا؛ ليصير المكفول عنه معلومًا؛ إذْ جهالته تمنع صحة الكفالة حتى لو قال: ما بعت من [٢/ ١٦٥/أ] الناس فأنا لذلك ضامن لا يجوز؛ لجهالة المكفول عنه والمكفول به، فتفاحشت الجهالة، بخلاف الأول؛ لأن الجهالة فيه قليلة يسيرة مُتحملة. ذكره في الإيضاح.

قوله: (**ما ذاب لك**)؛ أي: وجب وثبت، يقال: ذاب لي عليه حق؛ أي: وجب، مستعار من ذوب الشحم. كذا في المغرب[(٢)].

فكل شرط ملائم لعقد الكفالة يصح[(٣)] تعليق الكفالة به، وبه قال أحمد في رواية[(٤)] ومالك[(٥)]، وقال الشافعي[(٦)]: لا يصح؛ لما أن هذا تعليق الضمان بخطر فلا يجوز.

وقلنا: هذا مقتضى الكفالة وملائم له فيجوز، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢] فإنه يدل أن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة؛ إذْ حمل البعير مجهول كما ذكرنا، وعلى تعليق صحة الكفالة بالشروط؛ إذْ علقه بالمجيء بالصاع، وشريعة من قبلنا تلزمنا قبل النسخ؛

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٦١).
(٢) انظر: المغرب في ترتيب المعرب (١/ ١٧٨).
(٣) انظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٥٠).
(٤) انظر: كشاف القناع (٣/ ٣٧٧).
(٥) انظر: المقدمات الممهدات (٣٨٠).
(٦) انظر: المجموع (١٤/ ٢٢)، والتنبيه في الفقه الشافعي (١/ ١٠٦).

....

لأن المنادي نادى بأمر يوسف ﷺ، وما أخبرنا الله تعالى عن شريعة من قبلنا يلزمنا حتى يقوم دليل النسخ. كذا في المبسوط[١].

فإن قيل: هذه الآية محمولة على بيان العمالة؛ إذْ هذا العامل كان ضامنًا عن نفسه؛ لأنه كان مستأجرًا، والمستأمن ضامن للأجرة سواء كان أصيلًا أو وكيلًا، وإذا كان ضامنًا عن نفسه بحكم عقد الإجارة لا يكون كفيلًا؛ إذِ الكفيل ما يكون ضامنًا عن الغير، فكان معنى قوله: ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾: أنا ضامن للأجر بحكم الإجارة لا بحكم الكفالة.

وضمان العمالة على هذا الخصم بأن قال: من أبق عبده من جاء به فله كذا، والدليل على صحة هذا الحمل أن المكفول له مجهول في هذه الآية، والكفالة لا تصح مع جهالة المكفول له بالإجماع[٢]، إلا في مسألة واحدة على ما يجيء. هكذا قاله أصحاب الشافعي.

قلنا الزعيم حقيقةً: الكفيل، وأمكن حمل الآية على الكفالة بأن قال المنادي للغير: إن الملك يقول لكم: لمن جاء به حمل بعير وأنا كفيل بذلك، فيكون كفيلًا عن الملك، والرسول بالاستئجار يصلح أن يكون كفيلًا بالأجر عن المرسل.

وفي الأسرار: في الآية أمران: جواز الكفالة مع جهالة المكفول له، وجوازها مضافة إلى سبب وجوب المال، فانفساخ الأول لا يدل على انفساخ الثاني، وهذا كما احتججتم بكفالة أبي قتادة في قصة الميت الذي عليه درهمان، حيث قال: هما عليَّ، فقلتم بجواز الكفالة عن الميت المفلس ولا تجوز الكفالة للمجهول والغائب، والبطلان مع الجهالة، والغيبة لم تدل على بطلانها مع الإفلاس، ومثال ذلك كثير فكذا هنا.

وعن أبي بكر الجصاص أن الاستدلال بهذه الآية ضعيف؛ لجواز أن يكون

(١) المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٢).
(٢) انظر: البحر الرائق (٦/ ٢٣٨)، والمجموع (١٤/ ٥)، وشرح منتهى الإرادات (٢/ ١٣١).

أَو مَا غَصَبَك فَعَلَيَّ. وَالأَصلُ فِيهِ: قَوله تَعَالَى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢] وَالإِجمَاعُ مُنعَقِدٌ عَلَى صِحَّةِ ضَمَانِ الدَّرَك، ثُمَّ الأَصلُ أَنَّهُ يَصِحُّ تَعلِيقُهَا بِشَرط مُلَائِم لَهَا مِثلُ: أَن يَكُونَ شَرطًا لِوُجُوبِ الحَقِّ كَقَولِهِ إِذَا استَحَقَّ المَبِيعَ، أَو لِإِمكَانِ الاستِيفَاءِ، مِثلُ قَولِهِ: إِذَا قَدِمَ زَيدٌ وَهُوَ مَكفُولٌ عَنهُ، أَو لِتَعَذُّرِ

في بيان العمالة لا الكفالة، ولكن عامة مشايخنا قالوا: الاستدلال به صحيح، كما بينا.

وفي الذخيرة: الكفالة لا تصح مع جهالة المكفول له، وتصح مع جهالة المكفول عنه، والفرق أن الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع، فلا تصح بدون قبول المشتري، فكانت جهالة الطالب مانعة جوازها، كجهالة المشتري مانعة البيع، والكفالة في حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حتى تصح من غير قبوله، فلا تمنع جهالة المعتق جواز العتق، وهذا في الكفالة المرسلة.

أما في الكفالة المضافة فجهالة المكفول عنه مانعة حتى إن من قال لغيره: تكفلت لك بما بايعت أحدًا من الناس، كانت الكفالة باطلة.

والوجه في ذلك أن في المضافة امتنع جوازها لأجل الإضافة لا لجهالة المكفول عنه، فإن المضافة إلى وقت في المستقبل القياس يأبى جوازها؛ لأنها تمليك في حق الطالب، وإنما جوزت استحسانًا للتعامل، والتعامل فيما إذا كان المكفول عنه معلومًا، ولو كان مجهولًا بقي على أصل القياس.

قوله: **(بشرط ملائم)** إلى آخره، ومن صور الشروط التي تصح في الكفالة ما روي عن محمد: ضمنت كل مالك على فلان [إن نوى فهو جائز، وكذا إذا قال: إن مات ولم يدع شيئا فهو ضامن، وكذا إن قال: إن حل مالك على فلان ولم يُوافك به فهو عليَّ، أو إن حل مالك على فلان][1] فهو عليَّ، وإن مات فهو عليَّ. كذا ذكره التمرتاشي.

قوله: **(إذا قدم زيد وهو مكفول عنه)** قيد به؛ لأن تعليقها بقدوم غير المطلوب لا يَصحّ؛ لأنه تعليق غير ملائم لمقتضاها؛ إذْ قدوم الأجنبي لَيْس

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الِاستِيفَاءِ، مِثلُ قَولِهِ: إذَا غَابَ عَن البَلدَةِ، وَمَا ذَكَرَ مِن الشُّرُوطِ فِي مَعنَى مَا ذَكَرنَاهُ، فَأَمَّا ما لَا يَصِحُّ التَّعلِيقُ بِمُجَرَّدِ الشَّرطِ كَقَولِهِ: إن هَبَّت الرِّيحُ أَو جَاءَ المَطَرُ، وَكَذَا إذَا جُعِلَ وَاحِدٌ مِنهُمَا أَجَلًا، إلَّا أَنَّهُ تَصِحُّ الكَفَالَةُ وَيَجِبُ المَالُ حَالًّا، لِأَنَّ الكَفَالَةَ لَمَّا صَحَّ تَعلِيقُهَا بِالشَّرطِ لَا تَبطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ كَالطَّلَاقِ وَالعَتَاقِ.

بميسر لتسليم ما التزمه، بخلاف قدوم المديون فإنه ميسر للتسليم، فيكون تعليقًا لها بالشرط المعين المحض، كهبوب الريح وكدخول الدار. كذا في المبسوط[(١)].

قوله: (وما ذكر من الشروط) أي: في أصل المسألة **(بمعنى ما ذكرناه)** أي: بمعنى الأصل الذي ذكرناه، وهو أن كل شرط ملائم لعقد الكفالة يصح تعليقها به.

(جعل واحد منهما) أي: من هبوب الريح ومَجيء المطر **(أجلًا)**.

[٢/ ١٦٥/ب] **قوله: (إلا أنه تصح الكفالة)** إلى آخره، اعلم أن في هذا اللفظ نوع اشتباه؛ لأنه أراد بقوله: **(لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط)**: ابتداءَ تعليق الكفالة بالشرط، فإن هناك لا يصير كفيلًا أصلًا. ذكره في المبسوط[(٢)] وفتاوي قاضي خان.

وإن أراد بهذا اللفظ تأجيل الكفالة إلى هذه الشروط الفاسدة فهذا تأجيلٌ، والتأجيل غير التعليق. ذكره في فتاوى قاضي خان.

فكيف يصح تعليقه بقوله: (لما صح تعليقها بالشرط لا يبطل بالشروط الفاسدة)؟ إلّا إن أراد بالتعليق التأجيل بجامع في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال، فحينئذٍ يصحّ.

وقَلّد المُصنّف في هذا الاستعمال لفظ المبسوط، فإنه ذكر هناك هكذا، وذكر التعليق وأراد التأجيل، وعند الشافعي[(٣)] وأحمد[(٤)] تأجيل الكفالة بالآجال المجهولة لا يصح، وتبطل الكفالة؛ لأنه ليس له وقت تصح المطالبة فيه، فكان منافيًا لمقتضى الكفالة، فلا تصح الكفالة به.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٧٣، ١٧٤).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٧٣، ١٧٤).
(٣) انظر: المهذب (٢/ ١٥٣).
(٤) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١٣٣).

(فَإِن قَالَ: تَكَفَّلت بِمَا لَك عَلَيهِ، فَقَامَت البَيِّنَةُ بِألف عَلَيهِ، ضَمِنَهُ الكَفِيلُ) لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالبَيِّنَةِ كَالثَّابِتِ مُعَايَنَة، فَيَتَحقَّقُ مَا عَلَيهِ فَيَصِحُّ الضَّمَانُ بِهِ (وَإِن لَم تَقُم البَيِّنَةُ فَالقَولُ قَولُ الكَفِيلِ مَعَ يَمِينِهِ فِي مِقدَارِ مَا يَعتَرِفُ بِهِ) لِأَنَّهُ مُنكِرٌ لِلزِّيَادَةِ (فَإِن اعتَرَفَ المَكفُولُ عَنهُ بِأَكثَرَ مِن ذَلِكَ لَم يُصَدَّق عَلَى كَفِيلِهِ) لِأَنَّهُ إقرَارٌ عَلَى الغَيرِ وَلَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيهِ (وَيُصَدَّقُ فِي حَقِّ نَفسِهِ) لِوِلَايَتِهِ عَلَيهَا.

وقلنا: لما بطل التأجيل كانت الكفالة حالّة؛ تصحيحًا لتصرفه، كما أن الشرط المجهول في الطلاق والعتاق يبطل ويصح الطلاق والعتاق، بأن قال: طلقتُ أو أعتقت على دن من الخمر، أو طلقت أو أعتقت إلى قدوم الحاج أو الحصاد أو العطاء.

قوله: (ولا ولاية له عليه) أي: لا ولاية للمكفول عنه على الكفيل، فلا يصدَّق في حق الكفيل.

فإن قيل: يشكل هذا بما تكفل بما دأب له على فلان، ثم بعد ذلك قال الطالب: هو ألفان، وقال المطلوب: ألف، وقال الكفيل: لا شيء لك عليه، فيلزم هناك على الكفيل ألف التي أقر به الطالب، مع أنه لا ولاية له على الكفيل. ذكره في المبسوط[1].

قلنا: هذا إيجاب المال على الكفيل بكفالته لا بقول المطلوب، لأنه لما قيد الكفالة بالذوب، مع علمه أن الذوب قد يحصل عليه بكفالته بإقراره قد صار ملتزمًا ذلك بكفالته، وهذا استحسان.

وفي القياس: لا يجب على الكفيل شيء به كما في مسألتنا؛ لإنكاره الوجوب على المطلوب. كذا في المبسوط[2].

ولأن في مسألتنا لما اعترف الكفيل بمال كان حقُ كفالته مُفضيًا بذلك، فلا يسمع عليه ما هو الزائد على ما اعترف به؛ لأنه حينئذٍ يلزم أن يكون إقرار الإنسان حجة على غيره، أما في مسألة المبسوط تكفل بما يستحب في المستقبل، وفي المستقبل قد يجب بإقراره، فكان لزومه بكفالته على ما ذكرنا لا بقول المطلوب.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٧٨/١٩). (٢) المبسوط للسرخسي (٢/٢٠).

قَالَ: (وَتَجُوزُ الكَفَالَةُ بِأَمرِ المَكفُولِ عَنهُ وَبِغَيرِ أَمرِهِ) لِإِطلَاقِ مَا رَوَينَا، وَلِأَنَّهُ التِزَامُ المُطَالَبَةِ وَهُوَ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ نَفسِهِ وَفِيهِ نَفعٌ لِلطَّالِبِ وَلَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى المَطلُوبِ بِثُبُوتِ الرُّجُوعِ، إذ هُوَ عِندَ أَمرِهِ وَقَد رَضِيَ بِهِ (فَإِن كَفَلَ بِأَمرِهِ رَجَعَ بِمَا أَدَّى عَلَيهِ) ....

قوله: (لإطلاق ما روينا)، وهو قوله ﷺ: «**الزَّعِيمُ غارِمٌ**»[(١)]، ولا خلاف فيه.

(**إذْ هو**) أي: الرجوع (**عند أمره**) أي: أمر المطلوب (**وقد رضي به**) أي: بالرجوع، فيكون راضيًا بضرر الرجوع حيث أمره بالكفالة عنه.

قوله: (فإن كفل بأمره) أي: بأمر المطلوب (**رجع بما أدّى عليه**)[(٢)] بالإجماع[(٣)].

وفي النهاية: هذا ليس على إطلاقه؛ بل مقيد بما إذا كان الآمر، وهو المطلوب، ممن يجوز إقراره على نفسه بالديون ويملك التبرع، حتى لو كان المطلوب صبيًّا محجورًا وأمر رجلًا بأن يكفل عنه فالكفالة صحيحة، ولكن لو أدّى الكفيل ما أمر لا يرجع على الصبي الآمر[(٤)]، وكذا الحكم في العبد المحجور. ذكره في التحفة، وأحكام الصغار [للأسروشني].

[وفي أحكام الصغار][(٥)] له: لو كان الصبي مأذونًا صح أمره، ويرجع الكفيل بما أدَّى عليه؛ لصحة أمره بالإذن.

فإن قيل: لو قال: أد زكاة مالي، أو أطعم عشرة مساكين من كفارتي، فأدَّى وأطعم لم يرجع على الآمر ما لم يشترط الضمان، أو يقول: على أني ضامن، وهاهنا يرجع بمجرد الأمر، فما الفرق؟

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦ رقم ٣٥٦٥)، والترمذي (٢/ ٥٥٦ رقم ١٢٦٥)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٤ رقم ٢٤٠٥) من حديث أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه.
وحسنه الترمذي، وقال ابن حجر: حسنه الترمذي، وصححه ابن حبان. فتح الباري (٥/ ٢٤١)، وحسنه ابن الملقن في البدر المنير (٦/ ٧٠٧).

(٢) انظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/ ٣١٣).

(٣) انظر: مختصر القدوري (١/ ١١٩)، والبحر الرائق (٦/ ٢٤٣)، والتبصرة للخمي (٧/ ٣٠٢٦)، والمقدمات الممهدات (٢/ ٣٧٩)، وبحر المذهب للروياني (٥/ ٤٩٧)، وعمدة الحازم في الزوائد على مختصر أبي القاسم (١/ ٢٩٤)، والمقنع في فقه الإمام أحمد (١/ ١٨١).

(٤) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٤٤٢).

(٥) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَهُ بِأَمرِهِ (وَإِن كَفَلَ بِغَيرِ أَمرِهِ لَم يَرجِع بِمَا يُؤَدِّيهِ) لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِأَدَائِهِ، وَقَولُهُ رَجَعَ بِمَا أَدَّى مَعنَاهُ: إِذَا أَدَّى مَا ضَمِنَهُ، أَمَّا إِذَا أَدَّى خِلَافَهُ رَجَعَ بِمَا ضَمِنَ،

قلنا: الفرق أن الأمر طلب التمليك من المأمور في الفضول كلها؛ لأنه لما أمره أن يؤدي عنه، ولم يكن مؤديًا عنه إلا بعد أن يصير المؤدَّى ملكًا للآمر، إلا أن الملك للآمر إنما يثبت في ضمن ملك القابض، فينظر إلى ملك القابض، فمتى ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل ثبت للآمر مثل ذلك، وفي قضاء الدين إنما يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل، حتى لو ظهر أن لا دين عليه يسترد المقبوض فيثبت للآمر أيضًا ملكٌ مقبوضٌ بالمثل، وليس ذلك إلا القرض.

أما في الزكاة والكفارة يثبتُ الملك للقابض غير مضمون بالمثل حتى لو ظهر أن لا زكاة للآمر في الموضعين جميعًا مثل ما ثبت للقابض. كذا في مبسوط شيخ الإسلام والذخيرة.

قوله: (**وإن كفل بغير أمره لم يرجع**)(١) وبه قال الشافعي(٢) وأحمد في رواية(٣)، وقال مالك(٤) وأحمد في رواية(٥): يرجع كما لو كفل بأمره، لأن الطالب بالاستيفاء منه كالمملك لذلك المال من الكفيل، أو كالمقيم له مقام نفسه [٢/١٦٦/أ] في استيفاء المال من الأصيل.

وقلنا: تمليك الدين [من غير الدين لا يجوز، وفي الكفالة بالأمر يجب المال حكما للكفيل على الأصيل](٦) لكنه يؤخر إلى أدائه، وذلك لا يكون في كفالته بغير أمره؛ لأنه متبرعٌ، ولا يمكن إثبات المال في ذمة المطلوب بغير رضاه؛ فلذلك لا يرجع إليه. كذا في المبسوط(٧).

قوله: (**معناه إذا أدَّى ما ضمنه**)، أما لو أدَّى خلافه يرجع بما ضمن، حتى لو كفل بالجياد وأدى الزيوف وتجوز المطالبة به رجع على المطلوب بالجياد.

---

(١) انظر: البحر الرائق (٦/ ٢٤٤).
(٢) انظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٦٤).
(٣) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١٣٤).
(٤) انظر: التهذيب في اختصار المدونة (٤/ ١٦).
(٥) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٤١٩).
(٦) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٧) المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٥).

لِأَنَّهُ مَلَكَ الدَّينَ بِالأَدَاءِ فَنَزَلَ مَنزِلَةَ الطَّالِبِ، كَمَا إِذَا مَلَكَهُ بِالهِبَةِ ....

ولو كفل بالزيوف وأدَّى الجياد رجع بالزيوف؛ إذِ الرجوع بحكم الكفالة، فيرجع بما دخل تحت الكفالة، بخلاف المأمور بقضاء الدين فإنه يرجع بما أدى؛ لأن الرُّجوع هناك بأمر الآمر بالأداء، فلا بدَّ من اعتبار الأمر والأداء، ففي فصل أداء الجياد مكان الزيوف لم يوجد الأمر في حق الزيادة، وفي الفصل الأول بأن وجد الأمر لم يوجد الأداء. كذا في المبسوط[1] والذخيرة.

قوله: (ولو قال لخليطه): اقض فلانًا، ولم يقل عني، فلم يرجع على الآمر عند أبي حنيفة[2] ومحمد وأحمد[3]، وعندهما سواء كان خليطًا أو لا.

ولو قال: اقض عني، أو انقد عني - يرجع[4]، وعند أبي يوسف يرجع فيهما، وبه قال الشافعي[5]، وفي الخليط يرجع بالإجماع فيهما.

لهما أن قوله: اقض فلانًا ألفًا تحتمل الألف التي عليه، ويحتمل الألف التي على الآمر بالاحتمال لا يرجع، بخلاف الخليط فإن العرف أن يأمر بالألف عليه.

ولهم أن الظاهر أن الإنسان يأمر غيره بأداء الألف عليه، ويسعى في تفريغ ذمته، فصار بمنزلة الآمر للخليط، والمُراد بالخليط من يأخذ الرجل منه ويداينه ويضع عنده المال، أو يكون في عياله أو شريكه.

قوله: **(كما إذا ملكه)** أي: الكفيلُ الدينَ **(بالهبة)**.

فإن قيل: هبة الدين مِن غير مَن عليه الدين لا تجوز، والدَّين لا يكون في ذمة الكفيل عندنا، فكيف يجوز تملكه بالهبة؟

قلنا: هبة الدين من غير من عليه الدَّين إنما لا تجوز إذا لم يأذنه بقبضه، فأما إذا أذنه بقبضه يجوز استحسانًا، وهاهنا لما أدَّى الدين فقد سلطه الطالبُ على قبضه من المطلوب فتصح هبته، أو يجعل ذلك نقل الدين عليه فيقتضي

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٦).
(٢) المبسوط للسرخسي (٢٠/ ١٠).
(٣) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٤٢٢).
(٤) انظر: المبسوط للسرخسي (٢٠/ ١٠).
(٥) انظر: الأم للشافعي (٧/ ١٢٤).

أَو بِالإِرثِ، وَكَمَا إِذَا مَلَكَهُ المُحتَالُ عَلَيهِ بِمَا ذَكَرنَا فِي الحَوَالَةِ، بِخِلَافِ المَأمُورِ بِقَضَاءِ الدَّينِ حَيثُ يَرجِعُ بِمَا أَدَّى؛ لِأَنَّهُ لَم يَجِب عَلَيهِ شَيءٌ حَتَّى يَملِكَ الدَّينَ بِالأَدَاءِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا صَالَحَ الكَفِيلُ الطَّالِبَ عَن الأَلفِ عَلَى خَمسِمِائَةٍ، لِأَنَّهُ إِسقَاطٌ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَبرَأَ الكَفِيلَ.

قَالَ: (وَلَيسَ لِلكَفِيلِ أَن يُطَالِبَ المَكفُولَ عَنهُ بِالمَالِ قَبلَ أَن يُؤَدِّيَ عَنهُ) لِأَنَّهُ لَا يَملِكُهُ قَبلَ الأَدَاءِ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ، حَيثُ يَرجِعُ قَبلَ الأَدَاءِ لِأَنَّهُ انعَقَدَ بَينَهُمَا مُبَادَلَةٌ حُكمِيَّةٌ.

الهبة، فيصير هبة لمن عليه الدين، وهو ممكن؛ لأن له ولاية نقل الدين إليه بإحالة الدين عليه، فيثبتُ ذلك مقتضى تصرفهما، على أن الدَّين يصير دينين عند الضرورة، ولا صحة للهبة إلا بجعل الدين عليه، فجعل عليه للضرورة.

(أو بالإرث) بأن مات الطالب وورثه الكفيل منه.

قوله: (وكما إذا ملكه المحتالُ عليه) فأدى المحتال عليه المال رجع المحتال عليه على المحيل بما ضمن لا بما أدَّى؛ لأن المحتال عليه يرجع بما ضمن، ولو وهب المحتال له الدين للمحتال عليه، أو تصدَّق عليه، أو ورث من المحتال له، أو أدى دنانير، أو عرضًا عن الدراهم؛ فإنه يرجع على المحيل بالمال بمنزلة الكفيل، وقد صرح به في الإيضاح.

قوله: (بخلاف ما إذا صالح) إلى آخره، حيث يرجع بما أدى، وهو خمسمائة لا بما ضمن؛ لأنه إسقاط عن بعض الدين وليس بمبادلة، فكان ربا، وإذا كان إسقاطًا للبعض صار كما لو أبرأه عن الكل اعتبارًا للبعض بالكل.

قوله: (بخلاف الوكيل بالشراء) وفي الإيضاح: الفرق بين الكَفيل والوَكيل: أن الكفيل يملك الدَّين بالأداء؛ لأنه ملتزم للمطالبة، فلا يرجع عليه الأداء بالعقد، وفي الشراء: الوكيل من الموكل بمنزلة البائع من المُشتري فيما يرجع إلى الحقوق على ما عرف، فتثبت له المطالبة كما تثبت للبائع، فكان له الطلب قبل الأداء.

قوله: (انعقد بينهما) أي: بين الوكيل والموكل **(مبادلة حكمية)** حتى لو

قَالَ: (فَإِن لُوزِمَ بِالمَالِ كَانَ لَهُ أَن يُلَازِمَ المَكفُولَ عَنهُ حَتَّى يُخَلِّصَهُ) وَكَذَا إِذَا حُبِسَ كَانَ لَهُ أَن يَحبِسَهُ، لِأَنَّهُ لَحِقَهُ مَا لَحِقَهُ مِن جِهَتِهِ فَيُعَامِلُهُ بِمِثلِهِ (وَإِذَا أَبرَأَ الطَّالِبُ المَكفُولَ عَنهُ أَو استَوفَى مِنهُ بَرِئَ الكَفِيلُ) لِأَنَّ بَرَاءَةَ الأَصِيلِ تُوجِبُ بَرَاءَةَ الكَفِيلِ، لِأَنَّ الدَّينَ عَلَيهِ فِي الصَّحِيحِ (وَإِن أَبرَأَ الكَفِيلَ لَم يَبرَإِ الأَصِيلُ عَنهُ) لِأَنَّهُ تَبَعٌ، وَلِأَنَّ عَلَيهِ المُطَالَبَةَ ....

اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان، وللوكيل ولاية حبس المشتري عن المُوكل لأجل الثمن كما للبائع؛ إذِ الموكل يستفيد الملك في المشترى من جهة الوكيل، فكان الوكيل بمنزلة البائع.

قوله: (حتى يخلصه) ولا خلاف فيه، وكذا إذا حبس كان له أن يحبسه، وبه قال الشافعي في وجه[(١)] ومالك[(٢)] وأحمد[(٣)] إذا كانت الكفالة بأمره، وقال الشافعي[(٤)] في الأصح: لا يحبسه؛ لأنه لا يتعلق له على الأصيل قبل الأداء.

قلنا: هو الذي أدخله في هذه العهدة فعليه تخليصه.

قوله: (لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل) بلا خلاف بين الفقهاء[(٥)]، بخلاف ما إذا كفل بشرط براءة الأصيل، فبراءته لا توجب براءة الكفيل؛ لأنه في معنى الحوالة، والاعتبار للمعاني لا للعبارة.

وقوله: (في الصحيح) احتراز [٢/١٦٦/ب] عما قال بعض العلماء: إنه يوجب أصل الدين في ذمة الكفيل على ما بيناه، ولكن من قال بوجوب الدَّين عليه أيضًا يسقط كلاهما ببراءة الأصيل، فحينئذٍ في الصحيح تفسد بناء على ظاهر مذهب أصحابنا.

(لأن عليه) أي: على الكفيل **(المطالبة)** وإن كان عليه دين فبإبرائه يسقط ما

---

(١) انظر: نهاية المطلب (٧/ ١٨).
(٢) انظر: المدونة (٤/ ٩٦).
(٣) انظر: كشاف القناع (٣/ ٣٦٥).
(٤) انظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٦٤).
(٥) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ١٣)، والجوهرة النيرة على مختصر القدوري (١/ ٣١٤)، والتهذيب في اختصار المدونة (٤/ ١٤)، وعقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٢/ ٨١٨)، والحاوي الكبير (٦/ ٤٦٥)، والمذهب في فقه الإمام الشافعي (٢/ ١٥٤)، ودقائق أولي النهى في شرح منتهى الإرادات (٢/ ١٣٣)، وكشاف القناع (٣/ ٣٧٨)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٤٢١)، والمقنع في فقه الإمام أحمد (١/ ١٨١).

وَبَقَاءَ الدَّينِ عَلَى الأَصِيلِ بِدُونِهِ جَائِزٌ (وَكَذَا إِذَا أَخَّرَ الطَّالِبُ عَنِ الأَصِيلِ، فَهُوَ تَأْخِيرٌ عَنِ الكَفِيلِ، وَلَو أَخَّرَ عَنِ الكَفِيلِ لَم يَكُن تَأْخِيرًا عَنِ الَّذِي عَلَيهِ الأَصلُ) لِأَنَّ التَّأْخِيرَ إِبرَاءٌ مُوَقَّتٌ فَيُعتَبَرُ بِالإِبرَاءِ المُؤَبَّدِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَفَلَ بِالمَالِ الحَالِّ مُؤَجَّلًا إِلَى شَهر، فَإِنَّهُ يَتَأَجَّلُ عَنِ الأَصِيلِ، ....

عليه من الدين، ولا يسقط دين الأصيل **(بدونه)** أي: بدون المطالبة، على تأويل الطلب.

قوله: (لم يكن تأخيرًا عن الذي عليه الأصل) وهو المكفول عنه، ولا نعلم فيه خلافًا؛ لأن التأخير إبراءٌ موقتٌ، فإنه يسقط المطالبة إلى غاية، فتعتبر بالإبراء المؤبد.

فإن قيل: الإبراء المؤبد لا يرتد برد الكفيل، والمؤقت يرتد برده، وبرد الأصيل يرتدان كلاهما، والرواية في التتمة، فكيف يعتبر المؤقت بالمؤبد؟

قلنا: كلامنا في الثبوت والسقوط، أما قبول الارتداد وعدم قبوله حكم آخر سوى ما نحن فيه، فلا يلزم من اعتبارِهما في حكمٍ اعتبارُهما في جميع الأحكام.

وذكر في الذخيرة الفرق بين المؤبد والمؤقت في قبول الارتداد وعدم قبوله فقال: إن الإبراء إسقاط محض في حق الكفيل، وليس فيه تمليك مالٍ؛ لما ذكرنا أن الواجب بعقد الكفالة مجرد المطالبة، وقد أمكننا تصحيح الإبراء من غير أن يعتبر وجوب المال عليه؛ لأنه موضوعٌ للإسقاط، والإسقاط المحض لا يحتمل الرد، كإسقاط الخيار.

وأما الإبراء المُؤقّت فهو تأخير مطالبته وليس بإسقاط؛ ألا ترى أن المطالبة بعد الأجل، والتأخير قبل الإبطال بخلاف الإسقاط المحض، وإليه أشار في المبسوط أيضًا.

قوله: (فإنه يتأجل عن الأصيل) وقال الشافعي[1]، وأحمد[2]، ومحمد في

---

(١) انظر: نهاية المطلب (٧/ ١٨).
(٢) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١٣٣).

لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ إِلَّا الدَّيْنُ حَالَ وُجُودِ الكَفَالَةِ، فَصَارَ الأَجَلُ دَاخِلا فِيهِ، أَمَّا هَاهُنَا فَبِخِلَافِهِ.

قَالَ: (فَإِن صَالَحَ الكَفِيلُ رَبَّ المَالِ عَن الألفِ عَلَى خَمسِمِائَة، فَقَد بَرِئَ الكَفِيلُ وَالَّذِي عَلَيهِ الأَصلُ) لِأَنَّهُ أَضَافَ الصُّلحَ إِلَى الألفِ الدَّينِ وَهِيَ عَلَى الأَصِيلِ

رواية: لا يتأجل عن الأصيل؛ بل يتأجل على الكفيل؛ لأن التأجيل ثبت بعقد الكفيل، فيتأجل في حقه، كما لو أجله على الكفيل بعد الكفالة، وقلنا: إن التأجيل كما قارن الكفالة صار داخلًا في الدين (**لأنه**) أي: الطالب (**لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة**) يعني: حال وجود الكفالة لا حق يقبل الأجل إلا الدَّين، فصار التأجيل وصفًا لأجل الدين فيظهر الأجل في حقهما ضرورة، كما في سائر أوصاف الديون من الجودة والزيافة، بخلاف التأجيل بعد الكفالة؛ لأنه يتأخر حق المطالبة، فلم يكن التأجيل وصفًا للدين؛ لأن الملتزم بالكفالة حق المطالبة، فيكون هو في معرض التأخير لا الدَّين، فلم يتأخر في حق الأصيل. إليه أشار الإمام الكاساني والمرغيناني(١).

قوله: (فإن صالح الكفيل) إلى آخره، المسألة على أربعة أوجه:

إن شرط براءتهما في الصلح بَرِئا جميعًا عن خمسمائة.

أو شرط براءة المطلوب فكذلك يبرآن جميعًا.

ولو شرط براءة الكفيل لا غير برئ الكفيل عن خمسمائة، والألف بحاله على الأصيل.

أو لم يشترط براءة كل واحدٍ منهما بأن قال الكفيل: صالحتك على خمسمائة، ولم يزد على هذا، وهي مسألة الكتاب برئا جميعًا عن خمسمائة.

(**لأنه**) أي: الكفيل (**أضاف الصلح إلى الألف الدَّين**) وهو على الأصيل لا على الكفيل، فيبرأ الأصيل من ذلك؛ لضرورة إضافة الصلح إلى الألف المعهودة (**وهي على الأصيل**) فيبرأ الأصيل، ومن ضرورته يبرأ الكفيل؛ لأن براءة الأصيل توجبُ براءة الكفيل، ويرجعُ الكفيل على الأصيل؛ لأنه أوفى هذا القدر، ولا خلاف فيه.

---

(١) انظر: الهداية للمرغيناني (٣/ ٩١).

فَبَرِئَ عَن خَمسِمِائَة، لِأَنَّهُ إسقَاطٌ وَبَرَاءَتُه تُوجِبُ بَرَاءَةَ الكَفِيلِ، ثُمَّ بَرِئَا جَمِيعًا عَن خَمسِمِائَة بِأَدَاءِ الكَفِيلِ، وَيَرجِعُ الكَفِيلُ عَلَى الأَصِيلِ بِخَمسِمِائَة، إن كَانَت الكَفَالَةُ بِأَمرِهِ، بِخِلَافِ مَا إذَا صَالَحَ عَلَى جِنس آخَرَ، لِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ حُكمِيَّةٌ فَمَلَكَهُ فَيَرجِعُ بِجَمِيعِ الأَلفِ، وَلَو كَانَ صَالَحَهُ عَمَّا استَوجَبَ بِالكَفَالَةِ لَا يَبرَأُ الأَصِيلُ؛ لِأَنَّ هَذَا إبرَاءُ الكَفِيلِ عَن المُطَالَبَةِ.

بخلاف ما إذا صالح بجنسٍ آخر مبادلة فيملكه[١]؛ أي الدَّين، ويرجع بجميع الألف، وعند الأئمة الثلاثة[٢] يرجع بأقل من الدين ومن قيمة السلعة؛ لأنه أوفى هذا القدر، ولا يجعل الصلح بجنسه مبادلة؛ لأن الخمسمائة لا يمكن أن تجعل عوضًا من خمسمائة؛ لما فيه من الرِّبا، ولا يمكن أيضًا التمليك إلى الكفيل؛ لأن تملك الدين مِن غير مَن عليه الدين لا يجوز، ولا يمكن أن تجعل واجبة في ذمة الكفيل تصحيحًا للصلح مع الكفيل حتى تصير البراءة عن خمسمائة مشروطة للكفيل، كما لو صالح على خلاف الجنس؛ لأن وجوبها في ذمة الكفيل عند الحاجة إلى التمليك، وفي خلاف الجنس يحتاج إلى التمليك، وفي الجنس لا يحتاج إلى التمليك؛ لما فيه من الرِّبا، بل هو إسقاطٌ لخمسمائة، فكانت البراءة عن خمسمائة مشروطة للأصيل، وبراءته توجبُ براءة الكفيل. كذا ذكره المرغيناني [٢/ ١٦٧/ أ] والمحبوبي.

قوله: (ولو كان صالحه عمَّا استوجب بالكفالة) وهو المطالبة، صورته ما ذكر في المبسوط: على إبراء الكفيل خاصة عن الباقي.

وفي شرح الطحاويّ: أما الواجب الذي يوجبُ براءة الكفيل دون الأصيل ما لو صالحه، وشرط في الصلح براءة الكفيل خاصة، وإن شاء أخذ دينه من الأصيل، وإن شاء أخذ من الكفيل خمسمائة درهم، والكفيل يرجع بخمسمائة إن كان الصلح بأمره.

قوله: (لا يكون [إلا][٣] الإيفاء، فيكون إقرارًا)[٤] بقبض الدين **(فيرجع)**

---

(١) انظر: الدر المختار (٥/ ٣٢٠).

(٢) انظر: التهذيب (٤/ ١٦)، ونهاية المطلب (٧/ ١٨)، وروضة الطالبين (٤/ ٢٧٢)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٤١١).

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٤) انظر المتن ص ٢٩٦.

قَالَ: (وَمَن قَالَ لِكَفِيل ضَمِنَ لَهُ مَالًا: قَد برئتَ إِلَيَّ مِن المَالِ، رَجَعَ الكَفِيلُ عَلَى المَكفُولِ عَنهُ) مَعنَاهُ: بِمَا ضَمِنَ لَهُ بِأَمرِهِ، لِأَنَّ البَرَاءَةَ الَّتِي ابتِدَاؤُهَا مِن المَطلُوبِ وَانتِهَاؤُهَا إِلَى الطَّالِبِ لَا تَكُونُ إِلَّا بِالإِيفَاءِ، فَيَكُونُ هَذَا إِقرَارا بِالأَدَاءِ فَيَرجِعُ (وَإِن قَالَ: أَبرَأتُك لَم يَرجِع الكَفِيلُ عَلَى المَكفُولِ عَنهُ) لِأَنَّهُ بَرَاءَةٌ لَا تَنتَهِي إِلَى غَيرِهِ وَذَلِكَ بِالإِسقَاطِ فَلَم يَكُن إِقرَارا بِالإِيفَاءِ.

وَلَو قَالَ: بَرِئت، قَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: هُوَ مِثلُ الثَّانِي، لِأَنَّهُ يَحتَمِلُ البَرَاءَةَ بِالأَدَاءِ إِلَيهِ وَالإِبرَاءِ فَيَثبُتُ الأَدنَى إذ لَا يَرجِعُ الكَفِيلُ بِالشَّكِّ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمه الله: هُوَ مِثلُ الأَوَّلِ(*)، لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِبَرَاءَة ابتِدَاؤُهَا مِن المَطلُوبِ وَإِلَيهِ الإِيفَاءُ دُونَ الإِبرَاءِ. وَقِيل

ولو قال: برئتُ من المال، ولم يقل إليَّ، فهو إقرار بالقبض عند أبي يوسف(١).

وقيل: أبو حنيفة مع أبي يوسف، وعند محمد(٢) لا يكون إقرارًا بالقبض، فيبرأ الكفيل [دون الأصيل، وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لأن قوله: (برئت) يحتمل البراءة بالقبض](٣) ويحتمل البراءة بالإبراء، فتيقنا بحصول البراءة مطلقًا، فلا يثبت الأداء بالشك؛ بخلاف قوله: برئت إلي؛ لأنه لا يقال برئت إلي بمعنى الإبراء مطلقًا؛ بل يقال: لا يبرأ ابتداؤه من الكفيل، وانتهاؤه إلى الطالب، وذلك لا يكون إلا بالقبض.

وبخلاف ما إذا كتب الطالب صكًّا وذكر فيه: برئ الكفيلُ من الدراهم التي كفل بها؛ فإنه يكون إقرارًا بالقبض بالإجماع؛ لأن الكتابة جعلت إقرارًا بالقبض بحكم العرف.

(وقال أبو يوسف: هو) أي: قوله: برئت **(مثل الأول)** وهو قوله: برئت إلي **(لأنه أقر ببراءة ابتداؤها)** من الكفيل على الخصوص، فإنه ذكر حرف الخطاب، وهو التاء، وإنما يذكر هذا إذا وجد بفعل مضاف إليه على الخصوص، كما في قمتُ وقعدتُ، والبراءة التي توجد بين الكفيل خاصة هي

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

(١) انظر: تحفة الفقهاء (٣/ ٢٤٠)، والمبسوط للسرخسي (٢٠/ ٩٢).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٩٢).

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرنَا: إِذَا كَانَ الطَّالِبُ حَاضِرًا يَرجِعُ فِي البَيَانِ إِلَيهِ، لِأَنَّهُ هُوَ المُجمَلُ.

البراءة بالإيفاء؛ لأنه يخلي بين الطالب وبين المال ويضع عنده.

فأما البراءة بالإبراء لا توجد بفعل الكفيل وإنما توجدُ بفعل الطالب، فلا تكون البراءة حينئذٍ مضافة إلى الكفيل، وما قاله محمد إنما يستقيمُ إذا كان الاحتمال على السواء، وقد يُرجحّ أحد الاحتمالين، وهو البراءةُ بالقبض؛ لأنه كالحقيقة، والآخر كالمجاز.

وقيل: برئت مطاوع[1] أبرأتك، فيكون حقيقة أيضًا، واختلف مشايخنا المتأخرون فيما قال المدعى عليه: أبرأني المدعي من الدعوى التي يدعي عليّ، قيل: يكون إقرارًا كما لو قال: أبرأني من هذا المال، وقيل: لا يكون إقرارًا؛ لأن الدعوى قد تكون حقًّا وباطلًا، ولو قال الطالب للكفيل: أنت في حل من المال؛ فهو كقوله: أبرأتك بإجماع الأئمة الأربعة[2]؛ لأن لفظ الحل يُستعمل في البراءة بالإيراد[3] دون البراءة بالقبض. كذا ذكره المحبوبي.

قوله: (وقيل في جميع ما ذكرنا) إلى آخره، في الكافي: هذا كله إذا غاب الطالبُ، فإن كان حاضرًا يرجع إليه أنه قبض المال أو لم يقبض؛ لأنه هو المحتمل.

فإن قيل: المجمل ما لا يمكن العملُ به إلا بالبيان، وهاهنا العمل ممكن في الأوجه الثلاثة بدون البيان على ما ذكر من وجوه البيان، خصوصًا في الوجه الأول؛ لأنه بيَّن البراءة التي ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها إلى الطالب، بمنزلة قوله: دفعت إلي أو قبضته منك، فلا يكون فيه إجمالًا، وكذا في الثاني؛ ولهذا الاختلاف فيه أنه براء بدون القبض، وفي الوجه الثالث عمل محمد بيقين، وأبو يوسف رجح الإبراء بالقبض، كما ذكرنا، فلا يكون مجملًا.

قيل في جوابه: إن قوله: **(برئت)**[4] إليّ وإن كان بمنزلة الصريح في حق الإيفاء، والقبض من حيث الاستدلال، لكنه ليس بصريح فيه؛ بل هو قابل

---

(١) انظر: البناية (٨/ ٤٤٧).

(٢) انظر: الأصل للشيباني (١٠/ ٤٩٩)، والبناية شرح الهداية (٨/ ٤٤٧)، والتوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب (٦/ ٣٠٣)، وبحر المذهب للروياني (٥/ ٥٠٣)، والمبدع في شرح المقنع (٤/ ٢٣٤).

(٣) البناية (٨/ ٤٤٧)، والنهر الفائق (٣/ ٥٦٦).

(٤) انظر المتن ص ٢٩٦.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ تَعلِيقُ البَرَاءَةِ مِن الكَفَالَةِ بِالشَّرطِ) لِمَا فِيهِ مِن مَعنَى التَّملِيكِ كَمَا فِي سَائِرِ البَرَاءَاتِ. وَيُروَى: أَنَّهُ يَصِحُّ، لِأَنَّ عَلَيهِ المُطَالَبَةَ دُونَ الدَّينِ فِي الصَّحِيحِ، فَكَانَ إِسقَاطًا مَحضا كَالطَّلَاقِ، وَلِهَذَا لَا يَرتَدُّ الإِبرَاءُ عَن الكَفِيلِ بِالرَّدِّ بِخِلَافِ إِبرَاءِ الأَصِيلِ.

للاستعارة بأن قال: برئت اليّ؛ لأني أبرأتك، وإن كان بعيدًا عن الاستعمال، وما ذكروا في تعليل الأوجه الثلاثة كله استدلالي لا صريح في الإيفاء وغير الإيفاء؛ ولهذا جعلت الأئمة الثلاثة الكل الإبراء بدون الإيفاء[١] فكان العمل به عند العجز عن العمل بالصريح، فلما أمكن العملُ بالصريح البياني من الطالب سقط العمل بالاستدلال، وفيه تأمل.

قوله: (ولا يجوز[٢] تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) بأن قال: إذا جاء غد فأنت بريء من الكفالة.

قيل: المراد بالشرط الشرط المحض الذي لا منفعة للطالب فيه أصلًا؛ كدخول الدار ومجيء الغد؛ لأنه غير متعارف، أما إذا كان متعارفًا ـ يجوز[٣]، كما في تعليق الكفالة، فإنه ذكر في الإيضاح: لو كفل بالمال وبالنفس أيضًا.

وقال: إن وافيتك غدًا فأنا بريء من المال، فوافاه غدًا يبرأ من المال، فقد جوَّز تعليق البراءة [عن الكفالة بالمال، وكذا لو علق البراءة][٤] باستيفاء البعض ـ يجوز، أو علَّق البراءة عن البعض بتعجيل البعض ـ يجوز. ذكره في مبسوط شيخ الإسلام.

فعلم أن المراد بالشرط الشرط الغير المتعارف، [٢/ ١٦٧/ ب] واختلاف الروايتين في جواز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط، وعدم جوازه، الذي ذكره في الكتاب بقوله: **(ويروى أنه يصح على هذا)** أي: لا يجوز تعليقها بشرط غير متعارف، ويروى: يصح بشرط متعارف، كما في تعليق الكفالة.

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٤٤٨).
(٢) انظر: البحر الرائق (٦/ ٢٢٣).
(٣) انظر: الدر المختار (٥/ ٣٢٢).
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَكُلُّ حَقٍّ لَا يُمكِنُ استِيفَاؤُهُ مِن الكَفِيلِ لَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِهِ، كَالحُدُودِ وَالقِصَاصِ) مَعنَاهُ: بِنَفسِ الحَدِّ لَا بِنَفسِ مَن عَلَيهِ الحَدُّ، لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ إِيجَابُهُ عَلَيهِ، وَهَذَا لِأَنَّ العُقُوبَةَ لَا تَجرِي فِيهَا النِّيَابَةُ.

(وَإِذَا تَكَفَّلَ عَن المُشتَرِي بِالثَّمَنِ جَازَ) لِأَنَّهُ دَينٌ كَسَائِرِ الدُّيُونِ (وَإِن تَكَفَّلَ عَن البَائِعِ بِالمَبِيعِ لَم تَصِحَّ) لِأَنَّهُ عَينٌ مَضمُون بِغَيرِهِ وَهُوَ الثَّمَنُ وَالكَفَالَةُ بِالأَعيَانِ

قوله: (لا تجري فيها) أي: في العقوبة (النيابة) ولا نعلم فيه خلافًا؛ إذْ مقصوده بالعقوبة زجر العاصي، وبإقامته على غير الجاني لا يحصل ذلك.

قوله: (وإن تكفَّل عن البائع) أي: للمشتري (بالمبيع) أي: بالمبيع بعينه (لم تصح؛ لأنه عين مضمون بغيره، وهو الثمن).

اعلم أن الكفالة بالديون المستقرة تصح بلا خلاف، وبالأعيان الغير المضمونة، كالودائع والأمانات والمستعار عندنا، ومال المضاربة والشركة ـ لا تصحُ بلا خلافٍ، وبالأعيان المضمونة بنفسها، كالمغصوب والمبيع بيعًا فاسدًا، والمقبوض على سوم الشراء ـ يصح عندنا[(١)]، وبه قال أحمد[(٢)] والشافعي في وجه[(٣)]، وقال الشافعي في وجه: لا يصح؛ لأن الأعيان غير ثابتة في الذمة، فلا تتصور القدرة على إيفائها من عنده، وشرط صحة الكفالة قدرة الكفيل على الإيفاء من عنده، وذا فيما يثبت في الذمة لا في العين.

وقلنا: الكفالة فيما يكون مضمونًا على الأصيل تصح؛ لأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، فينبغي أن يكون مضمونًا على الأصيل؛ ليكون الكفيل مطالبًا به، فإذا كان مضمونًا على الأصيل فيكون رد العين أو القيمة مضمونًا على الأصيل، فتجوز الكفالة بها.

وأما قوله: لا يقدر على الأداء من عنده.

قلنا: تسليم ما التزمه متصور في الجملة، فيصح التزامه؛ لأن ما يلزمُه بعقده يعتبر فيه التصور فالواجب في الأعيان المضمونة بعينها، أي: بالقيمة،

---

(١) انظر: الجوهرة النيرة (١/ ٢٢٧)، والبحر الرائق (٨/ ٢٧٨).

(٢) انظر: دقائق أولي النهى (٣/ ١١).

(٣) انظر: بحر المذهب للروياني (٥/ ٤٧٦).

المَضمُونَةِ، وَإِن كَانَت تَصِحُّ عِندَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رحمه الله لَكِن بِالأَعيَانِ المَضمُونَةِ بِنَفسِهَا كَالمَبِيعِ بَيعًا فَاسِدًا وَالمَقبُوضِ عَلَى سَومِ الشِّرَاءِ وَالمَغصُوبِ، لَا بِمَا كَانَ مَضمُونًا بِغَيرِهِ كَالمَبِيعِ وَالمَرهُونِ، وَلَا بِمَا كَانَ أَمَانَةً كَالوَدِيعَةِ وَالمُستَعَارِ وَالمُستَأجَرِ وَمَالِ المُضَارَبَةِ وَالشَّرِكَةِ. وَلَو كَفَلَ بِتَسلِيمِ المَبِيعِ قَبلَ القَبضِ أَو بِتَسلِيمِ الرَّهنِ بَعدَ القَبضِ إِلَى الرَّاهِنِ أَو بِتَسلِيمِ المُستَأجَرِ إِلَى المُستَأجِرِ، جَازَ لِأَنَّهُ التَزَمَ فِعلًا وَاجِبًا.

على الكفيل تسليم عينها عند القدرة، وتسليم قيمتها إن لم يقدر، بخلاف الأعيان المضمونة بغيرها، أي: بالمبيع والرهن، فإن المبيع مضمونٌ بالثمن، والمرهون بالدَّين لا القيمة ـ فلا يصح ضمانُه أيضًا عندنا؛ لأنها غير مضمونة على الأصيل، حتى لو هلك المبيع في يد البائع يسقط الثمن، فلا تصح كفالتها؛ لما قلنا: إن الكفالة التزام المطالبة بما على الأصيل، فلا تتحقق الكفالة، وكذا الرهن لو هلك في يد المرتهن صار مستوفيًا دينه بهلاكه، ولا يلزمه حق، فلا يلزم الكفيل شيءٌ. إليه أشار شيخ الإسلام في مبسوطه.

قوله: **(لأنه)** أي: الكفيل **(التزم فعلًا واجبًا)** أي: على الأصيل، وهو تسليم المبيع المرهون والمستأجر، فلو هلك المبيع أو الرهن أو المستأجر بطلت الكفالة، ولم يكن على الكفيل شيء؛ لأنه ما ضمن الثمن في المبيع، أو القيمة في غيرها، وعن أبي يوسف[(١)] ومحمد: العين في يد الأجير المشترك مضمونة، فتصح الكفالة بها عندهما، خلافًا لأبي حنيفة.

وفي الذخيرة: الكفالة بتمكين المودع من الأخذ صحيحة[(٢)]، وكذا الكفالة بتسليم العارية صحيحة، لكن بعينها لا يجوز، وقال شمس الأئمة: الكفالة بتسليم العارية باطلة، وهذا ليس بصواب، فقد نصَّ محمد في الجامع أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة[(٣)]، وهكذا في المبسوط والإيضاح، وعند أحمد[(٤)] يجوز ضمان العارية؛ لأنه مضمون عنده، كالمغصوب.

---

(١) انظر: البناية (٨/ ٤٥٠).
(٢) انظر: البحر الرائق (٦/ ٢٥٠).
(٣) انظر: العناية (٧/ ١٩٩).
(٤) انظر: مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه (٦/ ٢٥٩١)، والإنصاف (٦/ ١١٢).

(وَمَن استَأجَرَ دَابَّة لِلحَملِ عَلَيهَا، فَإِن كَانَت بِعَينِهَا لَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِالحَملِ) لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنهُ (وَإِن كَانَت بِغَيرِ عَينِهَا جَازَت الكَفَالَةُ) لِأَنَّهُ يُمكِنُهُ الحَملُ عَلَى دَابَّةِ نَفسِهِ وَالحَملُ هُوَ المُستَحِقُّ (وَكَذَا مَن استَأجَرَ عَبدًا لِلخِدمَةِ فَكَفَلَ لَهُ رَجُلٌ بِخِدمَتِهِ فَهُوَ بَاطِلٌ) لِمَا بَيَّنَّا.

قوله: (لم تصح الكفالة[١] بالحمل) قيد به؛ إذْ بعين الدابة لا يجوز في الصورتين **(لأنه)** أي: الكفيل **(عاجز عنه)** أي: عن تسليم الدابة المعينة؛ لأنها ملك الغير، والمستحق الحمل عليها، أما لو كانت بغير عينها يجوز[٢]؛ لأن المستحق نفس الحمل لا الحمل على الدابة المعينة، ويمكنه الحمل على دابة نفسه.

وفي النهاية: المكفول به في المعينة شيئان: الحمل والدابة المعينة، وهذا المكفول به عند تركيبه بهذين الشيئين غير مقدور للكفيل؛ لأنه لو كان له دابة فلا يكون الحمل عليها على تلك الدابة المعينة؛ فلذلك لا يكون الكفيلُ قادرًا على المكفول به.

وإنما قلنا: إن المراد من هذا لأن الكفيل لو كفل بكل واحدٍ من هذين المركبين، فإنه جائزٌ، حتى لو استأجر رجل إبلًا معينة عن رجلٍ فكفل رجلٌ بتسليمها من المستأجر، فإنه، ذكره في المبسوط[٣].

ولو كفل بحمل إبل غير معين يجوز على ما ذكر في الكتاب، فعُلم أن عدم الجواز فيما إذا كان مركبًا من هذين الشيئين.

قوله: (عبدًا للخدمة) أي: معينًا.

وقوله: (لما بينا) إشارة إلى ما ذكر في مسألة الدابة.

---

(١) انظر: البحر الرائق (٦/ ٢٥١). (٢) انظر: البحر الرائق (٦/ ٢٥١).

(٣) هكذا في الأصل الخطي، وفي المبسوط للسرخسي (١٥/ ١١٧): إذا استأجر منه إبلًا بغير أعيانها يحمل عليها متاعًا مسمى إلى بلد معلوم، وكفل له رجل بالحمولة جاز للمعنى الذي ذكرنا، ولو استأجر إبلًا بعيانها وكفل رجل بالحمولة لم تجز الكفالة؛ لأن الكفيل لا يقدر على إيفاء المكفول به من مال نفسه، فإن غير ما عين لا يقوم مقام المعين في الإيفاء فهو بمنزلة ما لو كفل بمال بشرط أن يؤدي ذلك من مال نفسه الأصيل، وذلك باطل.

قَالَ: (وَلَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ إِلَّا بِقَبُولِ المَكفُولِ لَهُ فِي المَجلِسِ) وَهَذَا عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّد رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ آخِرًا: يَجُوزُ إِذَا بَلَغَهُ أَجَازَ(*)، وَلَم يَشتَرِط فِي بَعضِ النُّسَخِ الإِجَازَةَ، وَالخِلَافُ فِي الكَفَالَةِ بِالنَّفسِ وَالمَالِ جَمِيعًا. لَهُ: أَنَّهُ تَصَرُّفُ التِزَام فَيَستَبِدُّ بِهِ المُلتَزِمُ، وَهَذَا وَجهُ هَذِهِ الرِّوَايَةِ عَنهُ. وَوَجهُ التَّوَقُّفِ مَا ذَكَرنَاهُ فِي الفُضُولِيِّ

قوله: (وهذا) أي: اشتراط[١] قبول المكفول له عندهما، وبه قال الشافعي في وجه[٢]، وقال أبو يوسف: لا يشترط رضاه [٢/١٦٨/أ] ولا قبوله، وبه قال الشافعي في الأصح[٣] ومالك[٤] وأحمد[٥].

قوله: (في بعض النسخ) أي: نسخ كفالة المبسوط: **(الإجازة)** على قول أبي يوسف[٦] **(والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعًا)** أي: واحد.

وفي الكافي: واختلفوا في قول أبي يوسف[٧] فقيل: يجوز عنده بوصف التوقف، حتى لو رضي الطالب ينفذ، وقيل: يجوز بوصف النفاذ، ورضا الطالب ليس بشرط، وهو الأصح عنده.

وفي شرح المجمع: وأفتى بعض المشايخ بقول أبي يوسف رفقًا بالناس.

(له) أي: لأبي يوسف **(أنه)** عقد الكفالة **(تصرف التزام)** للغير فيتم بالملتزم، كالإقرار والنذر؛ ولهذا يصح مع الجهالة.

(ووجه التوقف) إلى آخره، يعني: من جعل الخلاف في التوقف جعله فرعًا للفضولي في النكاح إذا تزوَّج امرأة، وليس عنها قابل، يتوقف عنده على إجازتها فيما وراء المجلس، كأنه جعل قوله: (كفلتُ لفلانٍ عن فلانٍ بكذا) عقدًا تامًّا، لكنه تصرفٌ للغير فيتوقفُ على رضاه؛ لأنه لا ضرر على أحد في هذا التوقف.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) انظر: البناية (٨/ ٤٥١).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٦٤).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٦٤).

(٤) انظر: إرشاد السالك (١/ ٩٦).

(٥) الشرح الكبير (٥/ ١٠٢).

(٦) انظر: البناية (٨/ ٤٥١).

(٧) انظر: البحر الرائق (٦/ ٢٥١).

فِي النِّكَاحِ. وَلَهُمَا: أَنَّ فِيهِ مَعنَى التَّمليكِ، وَهُوَ تَمليكُ المُطَالَبَةِ مِنهُ، فَيَقُومُ بِهِمَا جَمِيعًا، وَالمَوجُودُ شَطرُهُ، فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى مَا وَرَاءَ المَجلِسِ. قال: (إِلَّا فِي مَسأَلَة وَاحِدَة وَهِيَ: أَن يَقُولَ المَرِيضُ لِوَارِثِهِ: تَكَفَّل عَنِّي بِمَا عَلَيَّ مِن الدَّينِ، فَكَفَلَ بِهِ مَعَ غَيبَةِ الغُرَمَاءِ جَازَ) لِأَنَّ ذَلِكَ وَصِيَّةٌ فِي الحَقِيقَةِ، وَلِهَذَا تَصِحُّ وَإِن لَم يُسَمِّ المَكفُولَ

قوله: (ولهما أن فيه) أي: في الكفالة **(معنى التمليك)**.

في المبسوط: الكفالة تبرع على الطالب بالالتزام، وإنشاء سبب التبرع لا يتم إلا بالتبرع، ما لم يقبله المتبرَّع عليه، كالهبة والصدقة، فلا تتم إلا بالإيجاب والقبول، فكان كلام الواحد شطر العقد، وشَطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس، فيبطل بالقيام عن المجلس، بخلاف الإقرار، فإنه إخبارٌ عن واجب سابق، والإخبار يتم بالمخبر، وعلى هذا فضولي[1] عن الطالب يتوقف ـ على قولهما ـ على إجازة الطالب[2].

وقد يتعدى ضررُ هذا الالتزام إلى الطالب، فإن على قول بعض العلماء: الكفالة إذا صحت برئ الكفيل الأصيل، ولعل الأمر يرجعُ إلى قاضٍ فيحكم ببراءة الأصيل عن حق الطالب، وفيه ضرر عليه؛ فلذلك لا تصح الكفالة إلا بقوله.

وقوله: (إلا في مسألة واحدة) استثناء من قوله: **(لا يصح الكفالة إلا بقبول[3] المكفول له)** حيث يصح استحسانًا.

وفي القياس: لا يجوز على قولهما؛ لأن الطالب غير حاضر، فلا يتم الضمان إلا بقبوله، ولأن الصحيح لو قال هذا لورثته أو لغيرهم لا يصح إذا ضمنوه، فكذا المريض.

وفي الاستحسان: يصح؛ لأن حق الغرماء والورثة يتعلق بتركته بمرضه، على أن يتم ذلك بموته، وتتوجه المطالبة على الورثة بقضاء ديونهم من التركة، فقام المطلوب في هذا الخطاب لورثته مقام الطالب أو نائبه؛ لأنه يقصد النظر لنفسه حتى تفرغ ذمته؛ بخلاف ما إذا كان صحيحًا فإنه لا حق لأحدٍ في ماله،

---

(١) في المبسوط: (وعلى هذا لو خاطب فضولي...).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٧١). (٣) انظر المتن ص ٣٠٢.

لَهُم، وَلِهَذَا قَالُوا: إِنَّمَا تَصِحُّ إِذَا كَانَ لَهُ مَالٌ، أَو يُقَالُ: إِنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَ الطَّالِبِ لِحَاجَتِهِ إِلَيهِ تَفرِيغا لِذِمَّتِهِ وَفِيهِ نَفعُ الطَّالِبِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا حَضَرَ بِنَفسِهِ، وَإِنَّمَا يَصِحُّ بِهَذَا اللَّفظِ، وَلَا يُشتَرَطُ القَبُولُ، لِأَنَّهُ يُرَادُ بِهِ التَّحقِيقُ دُونَ المُسَاوَمَةِ ظَاهِرا فِي هَذِهِ الحَالَةِ، فَصَارَ كَالأَمرِ بِالنِّكَاحِ، وَلَو قَالَ المَرِيضُ ذَلِك لِأَجنَبِيٍّ اختَلَفَ المَشَايِخُ فِيهِ.

ولا يطالبُه بشيء من دينه قبل ورثته، فلا يقوم هو مقام الطالب في الخطاب لهم بهذا الضمان. كذا في الإيضاح والمبسوط[١].

(**ولهذا قالوا**) أي: المشايخ (**إنما تصح**) أي: عقد الكفالة بدون قبول الطالب (**إذا كان له**) أي: للمريض (**مالٌ**) عند الموت؛ إذِ الوصية تصحُ في المال عند الموت (**أو يقال: إنه**) أي: المريض (**قائم مقام الطالب لحاجته**) أي: لحاجة المريض إلى إقامة نفسه مقام الطالب في تفريغ ذمته كما ذكر في المبسوط[٢] والإيضاح.

(**وفيه**) أي: في إقامة نفسه مقام الطالب (**نفع الطالب**) وهو وصول حقه إليه، (**فصار كما إذا حضر**) أي: الطالب (**بنفسه**).

(**ولا يشترط القبول**) أي: قبول المريض (**لأنه**) أي: المريض (**يراد به**) أي: بقوله تكفل عني (**التحقيق دون المساومة**).

هذا جواب سؤالٍ مقدر، وهو أن يقال: لما كان المريضُ مقام الطالب ينبغي أن يكون قبول المريض شرطًا كما يشترط قبول الطالب؛ لما أن الكفالة لا تصح بدون قبوله عندهما؛ لأنه عقد تمليك فصار كما قال المشتري لرجل: بعني، فقال البائع: بعته؛ لم يتم البيع حتى يقول المشتري: اشتريت، ولا يقوم قوله: (بعني) مقام قوله: (اشتريت).

فقال في جوابه: فالظاهر أن حال المريض أن يريد بهذا التحقيق دون المساومة، فكان قوله: (تكفل عني) بمنزلة (قبلتُ الكفالة) فلذلك لم يَحْتَجْ ـ وإنما كان هذا تحقيقًا ـ لتفريغ ذمته عن الدين، فصار كقول الرجل لامرأة: زوجيني نفسك، فقالت: زوجت، كان هذا بمنزلة (زوجت وقبلت).

قوله: (**اختلفت المشايخ فيه**) قيل: لا يجوز[٣]؛ لأن الأجنبي غير مطالب

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٧١).
(٢) المبسوط للسرخسي (٦/ ٢٠).
(٣) انظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٥٩).

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ الرَّجُلُ وَعَلَيهِ دُيُونٌ وَلَم يَترُك شَيئًا فَتَكَفَّلَ عَنهُ رَجُلٌ لِلغُرَمَاءِ لَم تَصِحَّ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: تَصِحُّ)(*) ....

بقضاء دينه بدون الالتزام، فكان المريض في حقه والصحيح سواء، فلما كان كذلك، ولو قال الصحيح لأجنبي أو وارثه ذلك لا يصح بدون قبول الطالب، فكذا في المريض.

وقيل: يصح هذا الضمان من [٢/ ١٦٨/ ب] الأجنبي؛ لأن المريض قصد به النظر لنفسه، والأجنبي إذا قضى دينه بأمره يرجع في تركته، فنصحح هذا من المريض على أن يجعل قائمًا مقام الطالب، فيضيق الحال عليه بمرض الموت؛ لكونه على شرف الهلاك، ومثل ذلك لا يؤخذ من الصحيح، فأخذنا فيه بالقياس، ثم هذا من المريض صحيحٌ وإن لم يبين الدَّين ولا صاحب الدين؛ لأنه إنما يصح بطريق الوصية لورثته بأن يقضوا دينه، والجهالة لا تمنع صحة الوصية. كذا في المبسوط[١].

وقيل: في تعليل الكتاب بقوله: (**لأن ذلك وصية في الحقيقة**)[٢] ـ نظرٌ؛ إذْ لو كان وصية حقيقة لما اختلف الحكم بين حالة الصحة وحالة المريض، وقد ذكرنا من المبسوط أن هذا لا يصح في حالة الصحة إلا إن تأول هذا، ويقول: لأن ذلك في معنى الوصية في الحقيقة، وفيه بُعد.

قوله: (فتكفل عنه رجل) أي: عن الميت المفلس، سواء كان الرجل أجنبيًّا، أو وارث الميت، أو ابنه ـ لا تصح الكفالة عند أبي حنيفة[٣].

(وقالا) أي: أبو يوسف ومحمد: **(تصح)**[٤]، وبه قالت الأئمة الثلاثة[٥] وأكثر أهل العلم؛ لعموم قوله ﷺ: «**الزَّعيم غَارمٌ**»[٦]، ولما روي أنه ﷺ أُتِيَ

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.
(١) المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٧١).
(٢) انظر المتن ص ٣٠٣.
(٣) انظر: الاختيار لتعليل المختار (٢/ ١٧٠).
(٤) انظر: المبسوط للسرخسي (٢٠/ ١٠٨)، البحر الرائق (٦/ ٢٥٣).
(٥) انظر: شرح مختصر خليل (٦/ ٢٣)، البيان في مذهب الإمام الشافعي (٨/ ٣١٦)، الإنصاف (٥/ ١٩٧).
(٦) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦ رقم ٣٥٦٥)، والترمذي (٢/ ٥٥٦ رقم ١٢٦٥)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٤ رقم ٢٤٠٥) من حديث أبي أمامة الباهلي ﷺ. =

لِأَنَّهُ كَفَلَ بِدَين ثَابِت، لِأَنَّهُ وَجَبَ لِحَقِّ الطَّالِبِ، وَلَم يُوجَد المُسقِطُ، وَلِهَذَا يَبقَى فِي حَقِّ أَحكَامِ الآخِرَةِ، وَلَو تَبَرَّعَ بِهِ إنسَانٌ يَصِحُّ، وَكَذَا يَبقَى إذَا كَانَ بِهِ كَفِيلٌ أَو مَالٌ.

بجنازة أنصاري فقال: «**هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ دِينٌ**» قالوا: بلى، درهمان أو ديناران، فامتنع من الصلاة عليه، وقال: «**صَلّوا عَلَى صاحِبِكُمْ**» فقام أبو قتادة[١]، وفي رواية: عليٌّ[٢]، وقال: هما عليَّ يا رسول الله، فصلى عليه، عليه السلام، فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه، عليه السلام، بعد الكفالة.

(**لأنه كفل بدين ثابت؛ لأنه**) أي: الدين (**وجب**) والدين الواجب في حياته لا يسقط إلا بالإيفاء أو الإبراء أو انفساخ سبب وجوبه، وبالموت لا يتحقق؛ ولهذا لا يطالب به في الآخرة، والكفالة تنبنى على كون الدين مضمونًا مقدور التسليم، وبالموت ما تغير الوصف؛ لما ذكرنا أنه لا يتحقق شيءٌ من ذلك، وقدرة التسليم للكفيل بعد موته من ماله باقية فلا تسقط. كذا في المبسوط[٣] والأسرار.

(**ولو تبرع به**) أي: بأداء الدين (**إنسان**) ولو برئ المفلس عن الدَّين بالموت لما حلَّ لصاحب الدَّين الأخذ من المتبرع، وكذا يبقى الدين إذا كان به كفيل، ويبقى على كفالته، ولو سقط الدين بالموت لسقط عن الكفيل؛ لأن سقوط الدين عن الأصيل يوجب براءة الكفيل.

قوله: (**[كفل]**[٤] **بدين ساقط**)[٥] فلا يصح، والكفالة بالدَّين ولا دين بحال؛ هذا لأن الدَّين [فعل حقيقة؛ ولهذا يوصف بالوجوب، والأموال لا

= وحسنه الترمذي، وقال ابن حجر: حسنه الترمذي، وصححه ابن حبان. فتح الباري (٥/ ٢٤١)، وحسنه ابن الملقن في البدر المنير (٦/ ٧٠٧).

(١) أخرجه البخاري (٣/ ٩٤ برقم ٢٢٨٩) من حديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه.

(٢) أخرجه الدارقطني (٣/ ٤٦٦ رقم ٢٩٨٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٧٣ رقم ١١٧٣١) من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

قال البيهقي: الحديث يدور على عبيد الله الوصافي وهو ضعيف جدًا، وضعفه ابن الملقن في البدر المنير (٦/ ٧١١)، وابن حجر في التلخيص الحبير (٣/ ١١٨).

(٣) المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٦).

(٤) في الأصل: (سقط بدين ساقط)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٥) انظر المتن ص ٣٠٥.

وَلَهُ: أَنَّهُ كَفَلَ بِدَينٍ سَاقِطٍ، لِأَنَّ الدَّينَ هُوَ الفِعلُ حَقِيقَة، وَلِهَذَا يُوصَفُ بِالوُجُوبِ. لَكِنَّهُ فِي الحُكمِ مَالٌ، لِأَنَّهُ يَؤُولُ إِلَيهِ فِي المَآلِ وَقَد عَجَزَ بِنَفسِهِ وَبِخَلفِهِ فَفَاتَ عَاقِبَةُ الاِستِيفَاءِ فَيَسقُطُ ضَرُورَة، وَالتَّبَرُّعُ لَا يَعتَمِدُ قِيَامَ الدَّينِ، وَإِذَا كَانَ بِهِ كَفِيلٌ أَو لَهُ مَالٌ فَخَلَفُهُ أَو الإِفضَاءُ إِلَى الأَدَاءِ بَاقٍ.

توصف بالوجوب، فكان في حياته يجب][1] عليه تمليك طائفة من ماله لغريمه، وبعدما مات لا يتصور ذلك منه فيستحيل بقاؤه، وإنما أُلحِق الدين بالمال في حق بعض الأحكام، كوجوب الزكاة وغيره؛ لأنه يؤول إليه في المال بواسطة الإيفاء.

(وقد عجز عنه بنفسه وبخَلَفِه) أي: كفيله **(ففات عاقبة الاستيفاء، فسقط** في أحكام الدنيا **(ضرورة)**.

(وإذا كان به كفيل) فخَلَفُه باقٍ وكذا إذا كان له مالٌ فيما يفضي إلى الأداء؛ لأنه استوفى من المال، فيجعل باقيًا في حق أحكام الدنيا.

وإذا تبرع به غيره صح؛ لأن صحة تمليك المال لا تتعلق بوجوب الدَّين، على أن صحة التبرع بناءً على أن الدين باقٍ في حق صاحب الدين؛ لأن سقوطه عن المديون؛ للضرورة، فيتقدر بقدر الضرورة، فيظهر في حق مَن عليه دون مَن له، فأما الكفالة فهي بين الكفيل والأصيل؛ لأنه ملتزم ما على الأصيل.

وأما المروي من حديث أبي قتادة، أو عليٍّ، يحتمل أن يكون ذلك إقرارًا بكفالة سابقة، فإن لفظ الإقرار والإنشاء والكفالة سواء، ولا عموم لحكاية الفعل، ويحتمل أن يكون وعدًا منهما لا كفالة، وقد كان امتناعه عليه السلام من الصلاة عليه؛ ليظهر طريق قضاء ما عليه، فلما ظهر بوعدهما صلى عليه.

فهذا يؤيده ما روي أنه عليه السلام كان يقول لعليٍّ: **«مَا فَعَلَ الدينَارَانِ»**؟ حتى قال يومًا: قضيتهما، فقال: **«الآنَ بَرَدَتْ عليه جلدته»**[2]، ولم يجبره على الأداء،

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه أحمد (٣/ ٣٣٠) رقم (١٤٥٧٦)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (١٠/ ٣٣٤ رقم ٤١٤٥)، والحاكم (٢/ ٥٨ رقم ٢٣٤٦) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: توفي رجل فغسلناه وحنطناه وكفناه، ثم أتينا به رسول الله ﷺ يصلي عليه، فقلنا: تصلي عليه، فخطا خطى ثم قال: «أعليه دين؟» قلنا: ديناران، فانصرف، فتحملهما أبو قتادة، فأتيناه فقال أبو قتادة: الديناران =

....

وبه تبين أنه كان وعدًا لا كفالة.

وأما الجواب عن المعنى فهو أن الكفالة لالتزام المطالبة للمضمون الذي على الأصيل، ودين الميت المفلس في حكم الساقط من جانب المديون في أحكام الدنيا، والكفالة من أحكام الدنيا، فتقضى وجوبًا دنياويًّا من الدين ليثبت حقيقة الكفالة. الكل من المبسوط(١).

فإن قيل: هاهنا مسائل تدل على بقاء الدين في أحكام الدنيا، ويدل على أن عدم جواز المطالبة لا يدل على سقوطه منها أن المشتري لو مات مفلسًا قبل أداء الثمن لم يبطل البيع(٢)، ولو هلك ثمن الدين بموته مفلسًا لبطل(٣) البيع، كما لو اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض يبطل البيع؛ لهلاك [٢/١٦٩/أ] الثمن في نفسه، ولم يبطل هاهنا، عُلم أن الدين باقٍ في حكم الدنيا.

ومنها: أن لو كان بالدين كفيل يبقى على كفالته بموته مفلسًا، والكفالة من أحكام الدنيا، فلو سقط الدين عنه في حكم الدنيا لما بقيت كفالته؛ لما أن سقوط الدين عن الأصيل يوجب براءة الكفيل.

ومنها: لو كان بالدين رهن يبقى الدين عليه مفلسًا، وبقاء الرهن لا يكون إلا باعتبار الدين، ولأن تعذر المطالبة لمعنى لا يُوجب بطلان الدين في حال الحياة، كالعبد المحجور إذا أقر بدين عليه ثم كفل عنه كفيل به صح، وإن كان لا يطالبُ به في حال رقه، فكذا ما نحن فيه.

قلنا: أما الجواب عن الأول أن الدين لا يبطل في حق المستحق لو تبرع به أجنبي جاز له أن يأخذ عن دينه، وسقوط الدين عن المفلس في حقه لضرورة فقدان المحل، فيتقدر بقدر الضرورة، والكفالة تعتمد قيام الدين في حق الأصيل

= عليَّ، فقال رسول الله ﷺ: «أحق الغريم، وبرئ منهما الميت؟» قال: نعم فصلى عليه، ثم قال بعد ذلك بيوم: «ما فعل الديناران؟» فقال: إنما مات أمس، قال: فعاد إليه من الغد، فقال: قد قضيتهما، فقال رسول الله ﷺ: «الآن بردت عليه جلده».

قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

أما حديث علي ﷺ فحديث آخر، وقد تقدم قريبًا.

(١) المبسوط للسرخسي (٢٠/ ١١٠).

(٢) انظر: العناية (٧/ ٢٠٤).

(٣) في الأصل: (لم يبطل)، والمثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَمَن كَفَلَ عَن رَجُل بِأَلف عَلَيهِ بِأَمرِهِ فَقَضَاهُ الأَلفَ قَبلَ أَن يُعطِيَهُ صَاحِبَ المَالِ فَلَيسَ لَهُ أَن يَرجِعَ فِيهَا) لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ القَابِضِ عَلَى احتِمَالِ قَضَائِهِ الدَّينَ فَلَا يَجُوزُ المُطَالَبَةُ مَا بَقِيَ هَذَا الِاحتِمَالُ، كَمَن عَجَّلَ زَكَاتَهُ وَدَفَعَهَا إِلَى

كما ذكرنا، وأما إذا كسدت الفلوس بطل الملك في حق المشتري؛ فلذلك انتقض العقد. وأما هاهنا فالدين باقٍ في حق صاحب الدين فلا يبطل العقد، وكذا لو مات مفلسًا عن كفيل لا يبرأ الكفيل بموته؛ لأن ذمة الكفيل خلف عن ذمة المديون بعد صحة الكفالة في حياته، وقد يتحول الدين إلى ذمة الكفيل عند الضرورة، وهو عند أداء الكفيل أو الهبة له على ما ذكرنا، وقد تحققت الضرورة هاهنا فبقي الكفيل على كفالته.

وكذا الرهن، فإن الرهن خلف عن ذمة المديون فيما هو المقصود، وهو الاستيفاء منه عند تعذر استيفائه من محل آخر، فإن له ذمة صالحة لوجوب الحق، وإن ضعفت ذمته بسبب الرق، فتصح الكفالة عنه، وإن لم يطالب به؛ لرقه وحجر المولى، كما أن الدين ثابتٌ في ذمة المفلس الحي، وإن كان لا يُطالبُ به بالنص، قال تعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

أما إذا مات فخرج من أن يكون أهلًا لالتزام شيء من الحقوق في أحكام الدنيا، فعرف أن ذمته لم تبق صالحة لكونها محلًّا للحق، ولكنه في أحكام الآخرة معد للحياة، فيبقى في أحكام الآخرة؛ إذِ القبر للحياة ليوم التناد كالمهد للأولاد. كذا في المبسوط(١) والأسرار.

قوله: (ومن كفل عن رجل بألف عليه) أي: على الرجل **(بأمره)** أي: بأمر الرجل، وهو المديون **(فقضاه)** أي: فقضى الرجل المديون الكفيل؛ أي: أدَّاه **(الألف قبل أن يعطيه)** أي: يعطي الكفيل الألف، على تأويل المال.

(صاحب المال) بالنصب؛ لأنه مفعول ثانٍ ليعطيه **(فليس له)** أي: للرجل المديون **(أن يرجع فيها)**(٢) أي: في الألف [التي أعطاها للكفيل **(لأنه)** أي: لأن الألف؛ على تأويل المال.

قوله: (كمن عجل زكاته) أي: ليس له](٣) أن يأخذها من يد الساعي،

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٥/ ٤٨).

(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٤٥٧).

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

السَّاعِي، وَلِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِالقَبضِ عَلَى مَا نَذكُرُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الدَّفعُ عَلَى وَجهِ الرِّسَالَةِ، لِأَنَّهُ تَمَحَّضَ أَمَانَةً فِي يَدِهِ (وَإِن رَبِحَ الكَفِيلُ فِيهِ فَهُوَ لَا يَتَصَدَّقُ بِهِ) لِأَنَّهُ مَلَكَهُ حِينَ قَبَضَهُ، أَمَّا إِذَا قَضَى الدَّينَ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إِذَا قَضَى المَطلُوبُ بِنَفسِهِ وَثَبَتَ

وكمن اشترى شيئًا بشرط الخيار، ونَقْد الثمن قبل مُضي مدة الخيار، ثم أراد أن يسترد قبل نقض البيع؛ لأن الدفع كان لغرض، وهو أن يصير زكاة وثمنًا عند مضي الحول وسقوط الخيار، فما بقي ذلك لاحتمال ليس له أن يسترده، ولأنه سعى في نقض ما أوجبه فلا يصح.

قوله: (ولأنه) أي: الكفيل **(ملكه)** أي: الألف **(بالقبض)** وبه قال الشافعي[١] في وجه، وقال في وجه: [لا يملكه، وهو في يده أمانة مستردة قبل أداء الكفيل، وبه قال مالك وأحمد؛ لعدم تعلق حق الكفيل][٢] قبل الأداء به.

وقلنا: إنما يملكه بالقبض إذا كان الدفع إلى الكفيل على وجه الاقتضاء بأن دفع إليه، وقال: لا آمن أن يأخذ الطالبُ منك حقه، وإني أقضيك قبل أن تؤدي، فقضى وهو قبضه.

وقوله: (على ما نذكر) وهو قوله بعده بخطين: **(أما إذا قضى الدين فظاهر)** إلى آخره، بخلاف ما إذا كان الدفع إلى الكفيل على وجه الرسالة، نحو أن يقول الأصيل للكفيل: خذ هذا المال وادفع إلى الطالب، حيث لا يصير ملكًا للكفيل؛ بل هو أمانة في يده، ولكن لا يكون للمطلوب أن يسترده من يد الكفيل؛ لأنه تعلق بالمؤدي حق الطالب، فالمطلوب بالاسترداد يريد إبطال ذلك فلا يقدر عليه.

(وإن ربح الكفيل فيه) أي: في الألف المقبوض **(فهو)** أي: الربح له **(لا يتصدق به)** هذا إذا قبضه على وجه الاقتضاء، أما إذا قبضه على وجه الرسالة لا يطيبُ له الربح عند أبي حنيفة[٣] ومحمد؛ لأنه أمانة في يده.

قوله: (فظاهر) لأنه قبض ما هو واجب له عليه، فيملكه من حين قبض؛

---

(١) انظر: المجموع (١٤/ ٤٧)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (٦/ ٣٢٠).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٢٠٧).

لَهُ حَقُّ الِاستِردَادِ، لِأَنَّهُ وَجَبَ لَهُ عَلَى المَكفُولِ عَنهُ مِثلُ مَا وَجَبَ لِلطَّالِبِ عَلَيهِ، إِلَّا أَنَّهُ أُخِرَتِ المُطَالَبَةُ إِلَى وَقتِ الأَدَاءِ فَنَزَلَ مَنزِلَةَ الدَّينِ المُؤَجَّلِ، وَلِهَذَا لَو أَبرَأَ الكَفِيلُ المَطلُوبَ قَبلَ أَدَائِهِ يَصِحُّ، فَكَذَا إِذَا قَبَضَهُ يَملِكُهُ إِلَّا أَنَّ فِيهِ نَوعَ خُبث نُبَيِّنُهُ، فَلَا يُعمَلُ مَعَ المِلكِ فِيمَا لَا يَتَعَيَّنُ وَقَد قَرَّرنَاهُ فِي البُيُوعِ (وَلَو كَانَت الكَفَالَةُ بِكُرٍّ حِنطَة فَقَبَضَهَا الكَفِيلُ فَبَاعَهَا وَرَبِحَ فِيهَا فَالرِّبحُ لَهُ فِي الحُكمِ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ مَلَكَهُ. قَالَ: (وَأَحَبُّ إِلَيَّ أَن يَرُدَّهُ عَلَى الَّذِي قَضَاهُ الكُرَّ وَلَا يَجِبُ عَلَيهِ فِي الحُكمِ) وَهَذَا عِندَ

لأنه استعجل الدين المؤجل، فيملكه بالاستعجال، كسائر الديون المؤجلة.

وفي المبسوط: الكفالة توجب الدينين: دينًا للكفيل على الأصيل، ودينًا للطالب، لكن دين الكفيل مؤجل إلى وقت الأداء؛ لأن له مطالبة الأصيل بعد الأداء؛ ولهذا لو أخذ الكفيل من الأصيل رهنًا بهذا المال يصح، بمنزلة ما لو أخذ رهنًا [٢/١٦٩/ب] بدين مؤجل، ولو أبرأ الكفيل الأصيل من الدين أو وهبه منه، حتى لو أداه الكفيل بعد ذلك إلى الطالب لا يرجع به على الأصيل.

قوله: (**لأنه وجب له**) أي: لأن الكفيل وجب له، أي: للكفيل (**مثل ما وجب للطالب عليه**) أي: على الكفيل، وقيل: على المكفول عنه؛ لأن الكفالة هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة لا في الدين، ولكن ذكر في جامع المحبوبي وقاضي خان أن الدين وجب للطالب على الكفيل، فيكون الضمير في (**عليه**) راجعًا إلى الكفيل.

قوله: (**إلا أن فيه**) أي: في الربح (**نوع خبثٍ**) أي: على قول أبي حنيفة[١] أي: إذا قضى المديون الدين فيه نوع خبث، أما إذا قضاه الكفيل فلا خبث فيه بالاتفاق (**نُبيِّنه**) في مسألة الكفالة بالكُر (**وقد قررناه في البيوع**) في آخر فصل أحكام البيع الفاسد.

(**ولو كانت الكفالة بكر حنطة**) فأعطاها الأصيل إلى الكفيل، ثم باعها الكفيل؛ (**فالربحُ له في الحكم**) أي: في القضاء (**لما بينّا أنه ملكه**).

(**ويستحب أن يرده على الذي قضاه الكر**) أي: المكفول عنه (ولا يجب عليه في القضاء).

---

(١) انظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/ ٩٤).

أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي رِوَايَةِ الجَامِعِ الصَّغِيرِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: هُوَ لَهُ وَلَا يَرُدُّهُ عَلَى الَّذِي قَضَاهُ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنهُ، وَعَنهُ: أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِهِ.

لَهُمَا: أَنَّهُ رَبِحَ فِي مِلكِهِ عَلَى الوَجهِ الَّذِي بَيَّنَّاهُ فَيُسَلِّمُ لَهُ. وَلَهُ: أَنَّهُ تَمَكَّنَ الخُبثُ مَعَ المِلكِ، إِمَّا لِأَنَّهُ بِسَبِيلٍ مِنَ الِاستِردَادِ بِأَن يَقضِيَهُ بِنَفسِهِ، أَو لِأَنَّهُ رَضِيَ بِهِ

قوله: (**هو له**) أي: الربح للكفيل (**لا يرده على الذي قضاه**) أي: المكفول عنه، وهي رواية عنه أي عن أبي حنيفة، (**وعنه**) أي: عن أبي حنيفة (**أنه**) أي: الكفيل (**يتصدق**) بالربح.

قال شيخ الإسلام: ليس في المسألة اختلاف الرواية عن أبي حنيفة، بل ما ذكره في الصلح، وهو قولهما، جواب القياس، وما ذكر هُنا جواب الاستحسان.

ووجه الاستحسان: أن ما قبضه الكفيل مملوك له ملكًا فاسدًا من وجه، فإن للأصيل استرداد ما قبضه الكفيل حال قيام الكفالة بقضاء نفسه، واسترداد المقبوض حال قيام العقد من حكم ملك فاسد، كما في البيع الفاسد، وإنما قلنا: حال قيام الكفالة؛ لأن الكفالة لا تبطل بأداء الأصيل، بل تنتهي نهايته، كما لو أدّى الكفيل بنفسه، فلما كان المقبوض ملكًا فاسدًا من وجه صحيحًا من وجه.

ولما كان فاسدًا من كل وجه بأن اشترى مكيلًا أو موزونًا ملكًا فاسدًا، وتصرف فيه وربح؛ يجب التصدق بالربح أو الرد على المالك؛ لأن الخبث كان لحقه، فيزول بالرد عليه، كالغاصب إذا أجر المغصوب ثم رد المغصوب؛ فإن الأجر له يتصدق به أو يرده على المغصوب منه، فكذا في الملك الفاسد من كل وجه.

ولو كان الملك صحيحًا من كل وجهٍ لا يجبُ التصدق بالربح ولا الرد، فإذا فسد من وجه وصح من وجه يجب التصدق أو الرد على الأصيل عملًا بالشبهين بقدر الإمكان.

(**أو لأنه**) أي: الأصيل (**رضي به**) أي: بكون المدفوع ملكًا للكفيل.

عَلَى اعتِبَارِ قَضاءِ الكَفِيلِ، فَإِذَا قَضَاهُ بِنَفسِهِ لَم يَكُن رَاضِيا بِهِ، وَهَذَا الخُبثُ يُعمَلُ فِيمَا يَتَعَيَّنُ فَيَكُونُ سَبِيلُهُ التَّصَدُّقَ فِي رِوَايَة، وَيَرُدُّهُ عَلَيهِ فِي رِوَايَة لِأَنَّ الخُبثَ لَحِقَهُ، وَهَذَا أَصَحُّ، لَكِنَّهُ استِحبَابٌ لَا جَبرٌ لِأَنَّ الحَقَّ لَهُ.

قَالَ: (وَمَن كَفَلَ عَن رَجُل بِأَلف عَلَيهِ بِأَمرِهِ، فَأَمَرَهُ الأَصِيلُ أَن يَتَعَيَّنَ عَلَيهِ

قوله: (لم يكن) أي: الأصيل **(راضيًا به)** أي: بكون المدفوع ملكًا للأصيل للكفيل، **(وهذا الخبث يعمل فيما يتعين)**.

وفي جامع قاضي خان: الملك قاصر، ولو انعدم الملك أصلًا كان الربح خبيثًا، فإذا قصر الملك تتمكن فيه شبهة الخبث فلا يطيبُ.

(لأن الخبث لحقه) أي: لحق الأصيل لا لحق الشرع **(وهذا أصح)** أي: الرد على المديون أصح؛ لأن الخبث لحقه، والرد له **(لكنه)** أي: الرد عليه **(استحباب)** لأن الملك للكفيل فلا يجبر على دفعه، إلا أنه لما تمكن الخبث يستحب الدفع إليه، بخلاف الربح، ولو ردَّها على الأصيل؛ إن كان الأصيل فقيرًا طاب له، وإن كان غنيًّا ففيه روايتان، والأشبه أنه يطيب له؛ لأنه إنما رد عليه؛ لأنه حقه. كذا في جامع قاضي خان.

وفي الكافي: هذا إذا أعطاه على وجه القضاء، أما لو أعطاه على وجه الرسالة فتصرف فيه الرسول وربح ـ لم يطب له الربح، سواء كان ثمنًا أو مما يتعين؛ لأنه مودعٌ، والمودع إذا تصرف في الوديعة وربح لم يطب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد، وطاب له عند أبي يوسف؛ لما عرف[1].

قوله: (فأمره الأصيل أن يتعين) أي: أمر الأصيل الكفيل أن يتعيّن **(عليه)** أي: على الكفيل، فكان معنى قوله: يعني يعامل إنسانًا بطريق العينة، بأن قال: تعين عليَّ؛ أي اشترِ لي حريرًا بعينه ثم بعه بالنقد بأقل منه، واقضِ ديني، فإذا فعل يصيرُ الوكيل مشتريًا لنفسه، كما لو وكله بشراء شيء؛ لأنه لم يصر عنه وكيلًا بحكم هذا الأمر؛ لأنه لم يتبين مقدار الحرير ولا مقدار الثمن، ومثل هذا التوكيل لا يصح، وإذا صار مشتريًا لنفسه فالربح الذي ربحه البائع على

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٨/ ٤٦١).

حَرِيرًا فَفَعَلَ، فَالشِّرَاءُ لِلْكَفِيلِ وَالرِّبحُ الَّذِي رَبِحَهُ البَائِعُ فَهُوَ عَلَيهِ) وَمَعنَاهُ: الأَمرُ بِبَيعِ العِينَةِ مِثلُ: أَن يَستَقرِضَ مِن تَاجِرٍ عَشَرَة فَيَتَأَبَّى عَلَيهِ وَيَبِيعَ مِنهُ ثَوبًا يُسَاوِي عَشَرَة بِخَمسَةَ عَشَرَ مَثَلًا، رَغبَة فِي نَيلِ الزِّيَادَةِ لِيَبِيعَهُ المُستَقرِضُ بِعَشَرَة وَيَتَحَمَّلَ عَلَيهِ خَمسَة؛ سُمِّيَ بِهِ لِمَا فِيهِ مِن الإِعرَاضِ عَن الدَّينِ إِلَى العَينِ، وَهُوَ مَكرُوهٌ لِمَا فِيهِ مِن

المشتري، وهو الكفيل، للعينة صور:

إحداهما: ما ذُكر في الكتاب، **والثانية**: أن يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثًا، فيبيع صاحب الثوب باثني عشر من المستقرض، ثم إن [٢/ ١٧٠/ أ] المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم، ثم يبيع الثالث من المقرض بعشرة، ويأخذ منه عشرة ويدفعها إلى المستقرض، فتندفع حاجته، وإنما خَلَّلا ثالثًا؛ تحرزًا عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن.

وفي جامع قاضي خان: اختلفوا في صورة العينة، ذكرها بين الصورتين، ثم قال: وقال بعضهم: صورته أن يقرض خمسة عشر دراهم، ثم يبيع المقرض من المستقرض، ثم يساوي عشرة بخمسة عشر، ويأخذ الدراهم المدفوعة التي اقترضها أولًا، ولم يخرج عن ملكه إلا عشرة.

وفي فتاوى الكبرى: صورته أن يبيع المستقرض سلعة من المقرض بعشرة، وسلم إليه، ثم قال المستقرض: بعني باثني عشر فباعها جاز، وإن تقدم الشرط.

وفي محيط السرخسي: صورته باع متاعه بألفين من المستقرض إلى أجل، ثم يبعث متوسطًا ليشتري المتاع لنفسه بألف حالّة، ولا يقبضه، ثم يبيعه من البائع الأول بألف، ثم يحيل المتوسط بائعه على البائع الأول بالثمن الذي عليه، ويخرج من الوسط فيدفع البائع الأول ألفًا حالّة إلى المستقرض، ويأخذ منه ألفين عند حلول الأجل، وهذا البيع جائز في الحكم، فقال أبو يوسف: لا يُكره؛ لأنه فعل ذلك كثير من الصحابة وحمدوا ذلك، ولم يعدوه من الربا، حتى قال: لو باع كاغِدَةً بألف يجوز ولا يُكره.

وقال محمد: هذا المبيع في قلبي كأمثال الجبال؛ أي: لها شبهة كأمثال الجبال، ذميم[1] اخترعه أَكَلَة الربا، وقد ذمهم رسول الله ﷺ فقال: «**إذَا تَبَايَعْتُمْ**

---

(١) انظر: الدر المختار (٥٦/ ٢٧٣)، والنهر الفائق (٣/ ٥٧٥).

الإِعرَاضِ عَن مَبَرَّةِ الإِقرَاضِ مُطاوَعَة لِمَذمُومِ البُخلِ. ثُمَّ قِيلَ: هَذَا ضَمَانٌ لِمَا يَخسَرُ المُشتَرِي ....

بالعَينةِ، واتّبَعْتُمْ أذنابَ البَقَرِ - ذَلِلْتُمْ وظُفِّرَ عَلَيْكُم عَدوُّكُمْ»، وفي رواية: «**سُلِّطَ عَلَيْكُمْ شِرارُكُمْ، فَيَدْعُو خِيارُكُمْ فَلَا يُستَجَابُ لَكُمْ**»[1]، وقيل: إيّاكَ والعَينةَ فإنها لعينَة[2].

قال المرغيناني في فوائده: ومصداق هذا الحديث ما دهانا من البلاء، ودهمنا [من][3] اللواء، والناس في زماننا بعضهم اشتغلوا بالعين، فابتلوا بهذه الفتن، وبعضهم أقبلوا على الجد في الزراعة، فقرعوا بقارعة ذات بأس وطاعة، وعلماؤهم أخذوا في اقتراب أبواب السلطان، وأخذوا بأنواع الافتتان ﴿رَبَّنَا ظَلَمْنَآ أَنفُسَنَا وَإِن لَّمْ تَغْفِرْ لَنَا وَتَرْحَمْنَا لَنَكُونَنَّ مِنَ ٱلْخَٰسِرِينَ﴾ [الأعراف:٢٣] خصوصًا في هذا الزمان الذي نحن فيه، حيثُ نزل هذا البيع منزل البياعات الصحيحة بالنسبة إلى بياعات هذا الزمان، فلا جرم ابتلونا ببلايا أشد مما كان البلاء فيما قبلهم. ذكره الإمام المحبوبي.

وعن محمد بن سلمة كان [يقول][4] ببلخ للتجار: إن العينة التي جاءت في الحديث خير من بياعاتكم، قال مشايخ بلخ: بيع العينة في زماننا خير من بياعاتكم[5]، وعن أبي يوسف[6]: بيع العينة جائزة مأجورة وأجره لمكان الفرار من الحرام. ذكره في فتاوى قاضي خان.

(ثم قيل: هذا) أي: قوله: (تعين عليَّ) **(ضمان لما يخسر المشتري)** فقد قال بعض المشايخ: هذا توكيل فاسد كما ذكرنا؛ لأنه أخرج الكلام مخرج

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٧٤ رقم ٣٤٦٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٣١٦ رقم ١١٠١٧) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.
قال ابن حجر: رواه أبو داود من رواية نافع عنه، وفي إسناده مقال، ولأحمد نحوه من رواية عطاء ورجاله ثقات، وصححه ابن القطان. بلوغ المرام (٨٤١)، وقال أيضاً: وإسناده ضعيف، وله عند أحمد إسناد آخر أجود وأمثل منه. الدراية في تخريج أحاديث الهداية (٧٧٦).

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام (٧/ ٢١٣).

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٥) انظر: البحر الرائق (٦/ ٢٥٦).

(٦) انظر: الدر المختار (٥/ ٣٢٥).

نَظَرًا إِلَى قَولِهِ: «عَلَيَّ» وَهُوَ فَاسِدٌ وَلَيسَ بِتَوكِيل، وَقِيلَ: هُوَ تَوكِيلٌ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّ الحَرِيرَ غَيرُ مُتَعَيِّن، وَكَذَا الثَّمَنُ غَيرُ مُتَعَيِّن، لِجَهَالَةِ مَا زَادَ عَلَى الدَّينِ، وَكَيفَمَا كَانَ، فَالشِّرَاءُ لِلمُشتَرِي وَهُوَ الكَفِيلُ، وَالرِّبحُ: أَي الزِّيَادَةُ عَلَيهِ لِأَنَّهُ العَاقِدُ.

قَالَ: **(وَمَن كَفَلَ عَن رَجُل بِمَا ذَابَ لَهُ عَلَيهِ، أَو بِمَا قَضَى لَهُ عَلَيهِ، فَغَابَ المَكفُولُ عَنهُ، فَأَقَامَ المُدَّعِي البَيِّنَةَ عَلَى الكَفِيلِ بِأَنَّ لَهُ عَلَى المَكفُولِ عَنهُ أَلفَ دِرهَم، لَم تُقبَل بَيِّنَتُهُ)** لِأَنَّ المَكفُولَ بِهِ مَالٌ مَقضِيٌّ بِهِ، وَهَذَا فِي لَفظَةِ القَضَاءِ ظَاهِرٌ،

الوكالة؛ ولهذا ذكر في بعض النُّسخ: (تعين لي[1] حريرًا) مكان (**عليَّ**) وبعضهم قال: هذا ضمان الأصيل بقوله: تعين عليَّ؛ لأن معناه إن بعت بأقل من ذلك فالخسران عليَّ، والخسران غير مضمون على أحد، والكفالة والضمان إنما يصح بما هو مضمون، فلا يصح ضمانه، كمن قال لآخر: بايع في هذا السوق على أن كل وضيعة وخسران تصيبك فأنا ضامنٌ به ـ كان باطلًا. كذا في جامع المحبوبي.

(وليس بتوكيل) لأنه لم يقل: تعين لي، بل قال: تعين عليَّ، وهي كلمة ضمان لا كلمة وكالة.

(وكذا الثمن غير متعين) أي: غير معلوم **(لجهالة ما زاد على الدين)** يعني والثمن معلوم بمقدار الدين؛ لكن ما زاد على الدين غير معلوم؛ إذْ بيع العينة لا يكون إلا بأكثر من قيمة السلعة، وتلك الزيادة مجهولة؛ لأنه لا يعلم كم يزيد البائع على قيمة السلعة.

قوله: (وكيف ما كان) أي: سواء كانت كفالة باطلة أو وكالة **(فالشراء للمشتري)**.

قوله: (لم تقبل) أي: بينة المدعي على الكفيل حتى يحضر المكفول عنه؛ لأنه كفل بما قضى له على الأصيل بعد الكفالة، فما لم يصر المال مقضيًّا به على المكفول عنه لا يكون الكفيل كفيلًا، فلا يكون خصمًا، ولا يمكن القضاء

---

(١) في الأصل: (تعين شيئًا)، والمثبت من النسخة الثانية.

وَكَذَا فِي الأُخرَى، لِأَنَّ مَعنَى: «ذَابَ» تَقَرَّرَ وَهُوَ بِالقَضَاءِ، أَو مَالٌ يُقضَى بِهِ وَهَذَا مَاضٍ أُرِيدَ بِهِ المُستَأنَفُ، كَقَولِهِ: أَطَالَ اللَّهُ بَقَاءَكَ فَالدَّعوَى مُطلَقٌ عَن ذَلِكَ فَلَا تَصِحُّ.

على الأصيل بهذه البينة حال غيبته؛ لأنه يكون قضاء على الغائب، وهو لا يصح عندنا[1] وأحمد[2]، ويصح عند الشافعي[3] ومالك[4]؛ ولذلك توقف قبول البينة والقضاء عن المكفول عنه إلى أن يحضر، حتى يكون الكفيل بالدَّين المقضي به على الأصيل كما [٢/ ١٧٠/ب] شرط في حق الكفالة؛ ألا ترى أنه لو أقر الكفيلُ على الأصيل بمال الطالب لا يلزمُه إذا حضر الأصيل، وإذا حضر الأصيل وقضى عليه فحينئذٍ يلزم الكفيل.

وقيل: ذلك إذا كانت بينة على الغائب، والبينة عليه لا تسمع عندنا، حتى لو ادَّعى أن قاضي بلد كذا قضى على الأصيل بمال عقد الكفالة بالمال، وأقام البينة على ذلك ـ قبلت. كذا في شروح الجامع الصغير.

قوله: **(أو مال يقضى به)** معطوف به على قوله: (مال قضى) يعني كفل بمال مقضي به على الأصيل بعد الكفالة، فما لم توجد هذه الصفة لا يكون كفيلًا به.

قوله: **(وهذا)** أي: قوله: ذاب، أو قضى له.

وفي الكافي: وهذه العبارات وإن كانت للماضي فقد أريد بها الاستقبال عُرفًا، كما يقال: أطال الله بقاءك، أي: يُطيله، كذا يُكتب في المواثيق: شهد فلان بن فلان بكذا، ويراد به المستقبل.

(والدعوى مطلق على ذلك) أي: المدعي لم يتعرض في دعواه أن القاضي قضى به بعد الكفالة، أو وجوب المال بعد الكفالة، وليس من ضرورة كون الألف على الأصيل أن يكون ذاب عليه ولزمه بعد الكفالة، ففسدت دعواه، وهو معنى قوله: **(فلا تصح)** أي: لا تصح دعواه، حتى قال الطالبُ: قدمت

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٧/ ٣٩).
(٢) انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ١٠٧).
(٣) انظر: الأم للشافعي (٦/ ٢٤٨).
(٤) انظر: المدونة (٢/ ٣٥).

(وَمَن أَقَامَ البَيِّنَةَ أَنَّ لَهُ عَلَى فُلَان كَذَا وَأَنَّ هَذَا كَفِيلٌ عَنهُ بِأَمرِهِ، فَإِنَّهُ يُقضَى بِهِ عَلَى الكَفِيلِ وَعَلَى المَكفُولِ عَنهُ، وَإِن كَانَت الكَفَالَةُ بِغَيرِ أَمرِهِ يُقضَى عَلَى الكَفِيلِ خَاصَّة) وَإِنَّمَا تُقبَلُ لِأَنَّ المَكفُولَ بِهِ مَالٌ مُطلَقٌ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، وَإِنَّمَا يَختَلِفُ بِالأَمرِ وَعَدَمِهِ ....

المطلوب بعد الكفالة إلى فُلان القاضي، وأقمت البينة، وقضى عليه بذلك المال، فصرت وكيلًا بذلك ـ صحَّت دعواه، حتى لو أقام بينةً على ذلك قضى القاضي على الكفيل والغائب بالألف؛ لأنه ثبت الوصف، والكفالة بأمره وغير أمره سواء، إلا أنه لا يرجع في غير الأمر؛ لأنه في غير الأمر يكون القضاء على الكفيل خاصة. كذا في جامع شمس الأئمة.

ولو ضمن ثمن ما بايعه أو أقرضه بعده، وجحد الكفيل ذلك ـ قضي على الكفيل والغائب بلا خلاف؛ لأن الضمان مقيد بصفة، ولا يمكن القضاء به إلا بعد القضاء على الغائب، فينتصبُ الكفيل خصمًا عنه.

قوله: **(وإنما تقبل)** أي: إقامة البينة من المدَّعي حتى يقضى بها على الكفيل **(لأن المكفول به مالٌ مطلق)** أي: غير موصوف بكونه مقضيًّا به بعد الكفالة كما كان موصوفًا به في المسألة المتقدمة، وهي مسألة ما ذاب أو قضى له عليه، على ما ذكرنا، فأقام البيّنة على وفق [دعواه هاهنا، فيقضى به على الكفيل. كذا في جامع شمس الأئمة، وإليه أشار الشيخ بقوله: **(بخلاف]**[(١)] **ما تقدم)**.

قوله: **(وإنما يختلف)** أي: حكم القاضي بالرجوع على الأصيل **(بالأمر وعدمه)** وهذا إشارة إلى ما ذكرنا قبله من أن المدعي إذا أثبت كفالة الكفيل فأمر الأصيل كان حكم القاضي بتلك البينة حُكمًا على الكفيل خاصة.

فإن قيل: لو ادَّعى المال وأَبهمَ، بأن قال: هو كفل عن فلان بكل ماله قبله من المال، فجحد الكفيل، وأقام المدعي بينة على الكفالة والمال ـ قضى بالكفالة والمال على الأصيل الغائب، سواء ادعى الأمر أو لا، فما الفرق بينهما؟

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

....

قلنا: الفرق أن المدعى متى كان مالًا مقدرًا أمكن إثباته على الكفيل باعتبار إقراره نظرًا إلى كفالته؛ لتضمنها الإقرار بالمال، فلا حاجة إلى تعدية المال إلى الأصيل، والإيصال منتفٍ، وفيما إذا أبهم لا يمكن إثبات المال على الكفيل باعتبار إقراره؛ لتعطل الكفالة بصفة الإبهام، فدعت الضرورة إلى إثبات كفالة متعدية إلى الأصيل عملًا بالبينة.

وفي الجامع الكبير: المسألة على أربعة أوجه:

إما إن كانت الكفالة مطلقة بأن قال: كفلت بمالك على فلان.

أو مقيدة بأن قال: بألف على فلان.

وكل على وجهين بالأمر أو بغير الأمر؛ فإن كانت مطلقة فبالقضاء على الكفيل قضاء على الأصيل، سواء كانت بالأمر أو عدمه؛ لأن الطالب لا يتوصل إلى حقه من الكفيل، ولا بعد إثباته على الأصيل؛ لما ذكرنا؛ لأن القول للكفيل أنه ليس للطالب شيءٌ على الأصيل، فإذا كان كذلك صار الكفيل خصمًا عنه وإن كان غائبًا، وعندنا[1] القضاء على الغائب لا يجوز إلا إذا ادَّعى على الحاضر حقًّا لا يتوصل إليه إلا بإثباته على الغائب.

قال مشايخنا: هذا طريق من أراد إثبات الدين على الغائب من غير أن يكون بين الكفيل والغائب اتصال، وكذا إذا خاف الطالبُ موت الشاهد يتواضع مع رجل، ويدعي عليه مثل هذه الكفالة، فيقر بالكفالة وينكر الدين، فيقيم المدعي بينة على الدين، فيقضى به على الكفيل والأصيل، ثم يبرأ الكفيل.

وكذا الحوالة على هذه الوجوه، وكذا كل من يدعي حقًّا عليه لا يثبت عليه إلا بالقضاء عن الغائب كان الحاضر خصمًا عن الغائب، وهذا استحسان أخذ به علماؤنا صيانة لحقوق المسلمين.

والقياسُ: أن ينتصب الحاضرُ خصمًا عن الغائب، ولا يصُحّ القضاء على الغائب. كذا ذكره المرغيناني والتمرتاشي والمحبوبي، ويجيء هذا البحث في أدب القاضي بتمامه.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٧/ ٣٩).

لِأَنَّهُمَا يَتَغَايَرَانِ، لِأَنَّ الكَفَالَةَ بِأَمر تَبَرُّعُ ابتِدَاء وَمُعَاوَضَةُ انتِهَاء، وَبِغَيرِ أَمر تَبَرُّعُ ابتِدَاء وَانتِهَاء، فَبِدَعوَاهُ أَحَدَهُمَا لَا يُقضَى لَهُ بِالآخَرِ، وَإِذَا قُضِيَ بِهَا بِالأَمرِ ثَبَتَ أَمرُهُ، وَهُوَ يَتَضَمَّنُ الإِقرَارَ بِالمَالِ فَيَصِيرُ مَقضِيًّا عَلَيهِ، وَالكَفَالَةُ بِغَيرِ أَمرِهِ لَا تَمَسُّ جَانِبَهُ، لِأَنَّهُ تَعتَمِدُ صِحَّتُهَا قِيَامَ الدَّينِ فِي زَعمِ الكَفِيلِ فَلَا يَتَعَدَّى إِلَيهِ، وَفِي الكَفَالَةِ

[٢/ ١٧١/ أ] **قوله**: (**لأنهما**) أي: الكفالة [بالأمر والكفالة][١] بغير الأمر (**يتغايران**) في المعنى، وهو قوله: (**لأن الكفالة**) إلى آخره.

ويتغايران في الحكم أيضًا، وهو الرجوع وعدم الرجوع، فلما كانا متغايرين معنًى وحكمًا (**فبدعواه أحدهما**) أي: أحد عقدي الكفالة (**لا يقضى له بالآخر**).

قوله: (**ثبت أمره**) أي: أمر الأصيل (**وهو**) أي: الأمر بالكفالة (**يتضمن الإقرار بالمال**) لأنه لما ادَّعى الكفالة بالأمر، وأثبتها بالبينة لا يمكن القضاء بكفالة أخرى، ومن ضرورةِ القضاءِ بالكفالةِ بالأمرِ القضاءُ على الغائب؛ لأن أمر الأصيل بالكفالة بالمال إقرارٌ بالمال. كذا ذكره قاضي خان، (**فيصير**) أي: الأصيل (**مقضيًّا عليه**).

قوله: (**لا تمس جانبُه**) أي: جانب الأصيل (**لأنه**) أي: الأمر والبيان (**تعتمد صحتها**) أي: صحة الكفالة (**قيام الدين في زَعم الكفيل**) بفتح الزاي؛ لأنها لغة أكثر القراء في قوله تعالى: ﴿هَٰذَا لِلَّهِ بِزَعۡمِهِمۡ﴾ [الأنعام:١٣٦]، وقرأ الكسائي بالضم، والأخذُ باللغة التي هي قراءة الغلبة أولى، أي: لا تشترط لصحة الكفالة لقيام الدين على الأصيل؛ بل وجوده في زعم الكفيل كافٍ؛ لما أن المرء مؤاخذ بزعمه، وهاهنا لم يثبت الدين في زعمه؛ لإنكاره الكفالة، حيث أثبت الكفالة بالبينة جعل ثابتًا في زعمه شرعًا لا غير؛ لأن الكلام فيما إذا ثبت الكفالة بغير أمر الأصيل، فلما كان كذلك لم يتعد وجوب الدين من الكفيل إلى الأصيل، وقد ذكرنا أنه ليس من ضرورةِ وجوبِ المالِ على الكفيلِ وجوبُه على الأصيل، ولأن الثابت بالبينة كالثابت عيانًا، ولو أثبت أمره بالكفالة عيانًا كان حكمه ما قلنا، وكذا إذا ثبت بالبينة.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

بِأَمرِهِ يَرجِعُ الكَفِيلُ بِمَا أَدَّى عَلَى الآمِرِ. وَقَالَ زُفَرُ ﷫: لَا يَرجِعُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَنكَرَ فَقَد ظَلَمَ فِي زَعمِهِ فَلَا يَظلِمُ غَيرَهُ، وَنَحنُ نَقُولُ: صَارَ مُكَذَّبًا شَرعًا فَبَطَلَ مَا زَعَمَهُ.

قَالَ: (وَمَن بَاعَ دَارًا وَكَفَلَ رَجُلٌ عَنهُ بِالدَّرَكِ فَهُوَ تَسلِيمٌ) لِأَنَّ الكَفَالَةَ لَو كَانَت

قوله: (وقال زفر: لا يرجع) الكفيل على الأصيل **(لأنه)** أي: لأن الكفيل **(لما أنكر)** يزعم أن الطالب ظلمه، والمظلوم لا يظلم غيره، وقلنا: لما قضى القاضي عليه فقد أكذبه فيما زَعَم، فبطل زعمه، كمن اشترى شيئًا وأقر أن البائع باع ملكه، ثم استحقه آخر بالبينة ـ لا يبطل حقه في الرجوع بالثمن على البائع. كذا ذكره شمس الأئمة وقاضي خان.

فإن قيل: يشكل عليه قوله في من اشترى عبدًا ثم باعه، ورد عليه بعيبٍ بالبينة بعد إنكاره العَيب ـ فعند محمد لا يرده على بائعه، خلافًا لأبي يوسف، حيث لم يبطل زعمُه بالقضاء بالبينة.

قلنا: إنما لا يرده على بائعه؛ لأن قوله: (لا عيب فيه) نفي العيب في الحال والماضي، والقاضي إنما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الأول؛ لأن قيام العيب عند البيع الأول ليس بشرط للرد على الثاني، فافترقا. كذا ذكره المحبوبي.

قوله: (وكفل رجل عنه بالدرك) ضمان الدرك صحيحٌ بإجماع الفقهاء[(١)]، وهو المنصوص من مذهب الشافعي[(٢)]، وخرَّج أبو العباس الشافعي قولًا آخر: أنه لا يصح، وضمان الدرك عبارة عن قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع.

(فهو) أي: ضمان الدرك **(تسليم)** وتصديق من الكفيل بأن المبيع ملك البائع، حتى لو ادَّعاه الكفيل لنفسه لا تسمع دعواه؛ إذْ لو صح رجع المشتري عليه بالثمن بحكم الكفالة فلا يفيد، ثم دعَواهُ سعيٌ في نقض ما تم من جهته، ومن سعى في نقض ما أوجبه ضل سعيه في الحياة الدنيا؛ ولهذا لو كان الكفيل

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ١٠)، والمغني لابن قدامة (٤/ ٤٠٣)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٣/ ٢٢٩).

(٢) انظر: المجموع (١٤/ ٣٦).

مَشرُوطَة فِي البَيعِ فَتَمَامُهُ بِقَبُولِهِ، ثُمَّ بِالدَّعوَى يَسعَى فِي نَقضِ مَا تَمَّ مِن جِهَتِهِ، وَإِن لَم تَكُن مَشرُوطَة فِيهِ فَالمُرَادُ بِهَا أَحكَامُ البَيعِ وَتَرغِيبُ المُشتَرِي فِيهِ، إذ لَا يَرغَبُ فِيهِ دُونَ الكَفَالَةِ فَنَزَلَ مَنزِلَةَ الإِقرَارِ بِملكِ البَائِعِ.

قَالَ: (وَلَو شَهِدَ وَخَتَمَ وَلَم يَكفُل، لَم يَكُن تَسلِيمًا وَهُوَ عَلَى دَعوَاهُ) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَا تَكُونُ مَشرُوطَة فِي البَيعِ وَلَا هِيَ بِإِقرَار بِالمِلكِ، لِأَنَّ البَيعَ مَرَّة يُوجَدُ مِن المَالِكِ وَتَارَة مِن غَيرِهِ، وَلَعَلَّهُ كَتَبَ الشَّهَادَةَ لِيَحفَظَ الحَادِثَةَ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، قَالُوا: إذَا كَتَبَ فِي الصَّكِّ بَاعَ وَهُوَ يَملِكُهُ، أَو بَيعًا بَاتًّا نَافِذا وَهُوَ كَتَبَ شَهِدَ بِذَلِكَ فَهُوَ تَسلِيمٌ، إلَّا إذَا كَتَبَ الشَّهَادَةَ عَلَى إقرَارِ المُتَعَاقِدَينِ.

شفيعًا تبطل شفعته، وشرط الكفالة بالدرك ملائم العقد؛ إذِ الدرك ثبت بلا شرط كفالة، والشرط يزيده وكادة.

(فالمراد بها) أي: بالكفالة **(أحكام البيع وترغيب المشتري فيه)** إذْ يحتمل ألا يرغب المشتري في تملك هذا المبيع بالشراء خوفًا من الاستحقاق، فيكفل تسكينًا لقلبه، فصار كأنه يقول بهذه الكفالة: اشترِ هذا المبيع ولا تبالِ، فإن لحقك ذلك فيما تشتري فأنا ضامن، فيكون مقرًّا بملك البائع، فلا تصح دعواه بعد ذلك أصلًا، وإطلاق جواب الكتاب يدل على هذا، ذكره المرغيناني وقاضي خان.

قوله: (ولو شهد وختم) قيل: لفظ الختم وقع اتفاقًا باعتبار عادة العرب، فإنهم يختمون بعد كتابة اسمهم على الصك، أما الحكم لا يتفاوت بين إن ختم أو لم يختم.

قال الإمام الحلواني: تفسير الختم إذا كتب اسمه في الصك أن يجعل اسمه تحت رصاصٍ مكتوبًا، ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجوز فيه التزوير والتبديل، وهذا عُرف زمانهم، أما زماننا هذا العُرف لم يبقَ.

قوله: (إذا كتب) أي: المشايخ[1]، جوابُ الكتاب محمول على ما إذا كتب: شهد فلان بالبيع والشراء، أو كتب جرى المبيع بمشهدي، أو كتب: أقر

---

(١) هكذا في النسخ الخطية، وتقدم في المتن: (قَالُوا: إذَا كَتَبَ. . . .).

فَصلٌ فِي الضَّمَانِ

قَالَ: (وَمَن بَاعَ لِرَجُل ثَوبًا وَضَمِنَ لَهُ الثَّمَنَ، أَو مُضَارِبٌ ضَمِنَ ثَمَنَ مَتَاعِ رَبِّ المَالِ: فَالضَّمَانُ بَاطِلٌ) لِأَنَّ الكَفَالَةَ التِزَامُ المُطَالَبَةِ وَهِيَ إِلَيهِمَا، فَيَصِيرُ كُلُّ وَاحِد مِنهُمَا ضَامِنا لِنَفسِهِ، وَلِأَنَّ المَالَ أَمَانَةٌ فِي أَيدِيهِمَا، وَالضَّمَانُ تَغيِيرٌ لِحُكمِ الشَّرعِ فَيَرُدُّ عَلَيهِ، كَاشتِرَاطِهِ عَلَى المُودَعِ وَالمُستَعِيرِ (وَكَذَا رَجُلَانِ بَاعَا عَبدا صَفقَة وَاحِدَة

بالبيع والشراء عندي، أما إذا كتب في الشهادة ما يوجب صحة البيع ونفاذه بأن كتب في الصك: [٢/ ١٧١/ب] باع فلان كذا، وقد أقر أنه باع ملكه، والشاهد كتب: شهد بذلك، تصح دعواه.

فَصْلٌ فِي الضَّمَانِ

هذه مسائل الجامع الصغير وردت بلفظ الضمان ففصّلها، لتغاير اللفظ، وإن كان معنى الضمان والكفالة واحدًا، ولهذا سمى أكثر الفقهاء باب الكفالة باب الضمان.

قوله: (**ومن باع لرجل ثوبًا وضمن له**) أي: لذلك [الرجل][(١)] (**الثمن**) يعني باع الوكيل ثوبًا للموكل، وضمن الثمن للموكل.

قوله: (**وهي**) أي: المطالبة (**إليهما**) أي: إلى الوكيل والمضارب؛ إذْ حقوق العقد ترجع إلى العاقد، فاختص المطالبة به، فلو صحَّ الضمان منه يصيرُ ضامنًا لنفسه، وأنه لا يجوز، بخلاف الوكيل بالنكاح فإن المهر من الزوج يصح؛ لأنه سفيرٌ؛ ولهذا لا يلي قبض المهر، فلا يصير هناك ضامنًا لنفسه. كذا ذكره المرغيناني، والمحبوبي.

على قياس قول الأئمة الثلاثة ينبغي أن يصح هذا الضمان؛ لأن للموكل ولاية مطالبة الثمن، فلا يكون ضامنًا لنفسه، كما في النكاح.

قوله: (**ويرد عليه**) أي: على الضامن (**كاشتراطه**) أي: كاشتراط الضمان (**على المودع والمستعير**) فإنه لا ضمان عليهما شرعًا، فاشتراطه يكون تغييرًا

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَضَمِنَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ حِصَّتَهُ مِن الثَّمَنِ) لِأَنَّهُ لَو صَحَّ الضَّمَانُ مَعَ الشَّرِكَةِ يَصِيرُ ضَامِنًا لِنَفسِهِ، وَلَو صَحَّ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ خَاصَّة يُؤَدِّي إِلَى قِسمَةِ الدَّينِ قَبلَ قَبضِهِ

للمشروع، فلا يجوز، وكمن عليه السهو إذا سلم بنية قصد الخروج، فيرد عليه ولا يخرج، حتى لو كان له أن يعود إلى سجدتي السهو، وكمن نذر أن يصوم غدًا، وعليه قضاء رمضان يجوز له صوم القضاء، فترد عليه نيتُه تعيينَه الغدَ لصوم النذر؛ لأنه يعتبر المشروع، وهو صلاحية الغد لصوم القضاء.

قوله: (لأنه [لو][1] صح الضمان) إلى قوله: **(ولو صح في نصيب صاحبه)** يعني: أن هذا الضمان لو صح؛ إما أن يصح مع بقاء الشركة، أو لا مع بقائها.

فلا يجوز الأول؛ لما مرَّ أن كل واحدٍ يصير ضامنًا لنفسه؛ لأن ما من جزء من الثمن إلا وهو مشتركٌ بينهما.

ولا يجوز الثاني؛ لأنه يؤدي إلى قسمة الدَّين قبل القبض، حتى امتاز نصيبُ أحدهما، والدين لا يحتمل القسمة قبل القبض؛ لأن القسمة إقرار، والإقرار يتحقق في الأعيان لا في الأوصاف، والدين وصفٌ، ولأن في القسمة معنى التمليك، وتمليك الدين مِن غير مَن عليه الدَّين لا يجوز[2]. كذا في جامع قاضي خان.

ولأنه لو جاز ضمان أحد الشريكين لآخر يبطلُ من حيث يجوز، لأن الضامن يقول: أنا قائم مقام المشتري، والمشتري إذا دفع إليك شيئًا فأنا شريكٌ في ذلك الشيء؛ لبقاء الشركة؛ فلذلك رجع إلى نصف ما أدّيتُ إليكَ، فيبطل الضمان انتهاء لو جاز ابتداء؛ لأن الضامن شريك فيما أدى إلى الشريك إلى أن يبقى فيه الجزء الذي لا يتجزأ، فهذا معنى قول المشايخ: إن تجويز هذا الضمان ابتداء إبطاله انتهاء.

فقلنا ببطلانه ابتداءً، ولا معنى لما قيل في هذه المسائل: لو صحَّ الضمان؛ إما أن يصح بنصف شائع، أو بنصف هو نصيب شريكه؛ لأن الضمان يضاف إلى نصيب شريكه، فكيف يصح شائعًا!

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ١٤٦)، وبدائع الصنائع (٦/ ٦٥).

وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَا بِصَفقَتَينِ، لِأَنَّهُ لَا شَرِكَةَ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ لِلمُشتَرِي أَن يَقبَلَ نَصِيبَ أَحَدِهِمَا وَيَقبِضَ إِذَا نَقَدَ ثَمَنَ حِصَّتِهِ وَإِن قَبِلَ الكُلَّ.

وقوله: (ولا وجه إلى الثاني) لما فيه من قسمة الدين قبل القبض، ولا معنى لهذا أيضًا؛ لانعقاد الإجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز، وليس فيه معنى قسمة الدين، فكذا إذا ضمن أحدهما بنصيب شريكه، ولكن التعويل على ما ذكرنا. كذا في الفوائد الظهيرية.

قوله: (**بخلاف ما إذا باعا بصفقتين**) بأن سمَّى [كل واحد منهما لنفسه ثمنًا، ثم ضمن أحدهما الآخر ـ صح ضمانه؛ لأنه لا شركة؛ إذ نصيب][١] كل واحدٍ منهما ممتاز عن نصيب الآخر؛ ولهذا لو أخذ أحدهما شيئًا من المشتري لا يشاركه الآخر فلا يصيرُ ضامنًا لنفسه بخلاف الفصل الأول.

قال الإمام قاضي خان: ولو تبرع بالأداء في هذه الفصول من غير ضمان ـ جاز تبرعه؛ لأن التبرع لا يتم إلا بالأداء، وعند الأداء يصيرُ مسقطًا حقه في المشاركة فيصح، وجواز التبرع لا يدل على جواز الكفالة؛ لأن التبرع [أسرع][٢] جوازًا من الكفالة؛ ألا ترى أنه يجوز التبرع ببدل الكتابة، ولا تصح الكفالة [به][٣].

قوله: (**فإن قبل الكل**) أي: فإن قبل المشتري الكل بكلام واحد؛ لما مرَّ في البيوع أن تفريق الصفقة يكون بتفريق الثمن بتسمية كل واحدٍ من الثمن للبائعين.

وإن كان المشتري واحدًا وقبلهما بكلمة واحدة، وفي لفظ الكتاب تخليط، وقد فصله المحبوبي حيث قال: إن كان البيع صفقتين، بأن سميا لكل نصيب ثمنًا ـ صح ضمانه؛ لأنه لا شركة بينهما؛ ألا ترى أن المشتري لو قبل نصيب أحدهما ورد الآخر يصح، ولو قبل الكل ثم نقد حصة أحدهما ملك قبض نصيبه بخلاف الأول[٤].

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٤) انظر: الهداية (٣/ ٩٥).

قَالَ: (وَمَن ضَمِنَ عَن آخَرَ خَرَاجَهُ وَنَوَائِبَهُ وَقِسمَتَهُ فَهُوَ جَائِزٌ). أَمَّا الخَرَاجُ فَقَد ذَكَرنَاهُ وَهُوَ يُخَالِفُ الزَّكَاةَ، لِأَنَّهَا مُجَرَّدُ فِعل، وَلِهَذَا لَا تُؤَدَّى بَعدَ مَوتِهِ مِن تَرِكَتِهِ إِلَّا بِوَصِيَّة.

قوله: (أما الخراج فقد ذكرناه) قبل هذا الفصل بقوله: والرهن والكفالة جائزان في الخراج بلا خلاف[١].

ثم قيل: المراد بالخراج الذي تصح الكفالة به الموظفُ، [٢/ ١٧٢/أ] وهو الذي يجب في الذمة أما خراج المقاسمة، وهو ما يجب فيما يخرج من الأرض، فإنها غير واجبة[٢] في الذمة، فلم يكن في معنى الدين، فلا تصح الكفالة به.

(وهو) أي: الخراج **(يخالف الزكاة؛ لأنها)** أي: الزكاة **(مجرد فعل)**.

وفي الفوائد الظهيرية: الخراج دين كسائر الديون، كأنه أراد به الموظف، بخلاف الزكاة في الأموال الظاهرة حيث لا يجوز الضمان بها[٣]؛ لأن الواجب جزء من النصاب، وهو عينٌ غير مضمون، بدليل أنه لو هلك لا يضمن شيئًا، والكفالة بأعيان غير مضمونة باطلة، فعلى هذا ينبغي أن تصح الكفالة بدين الزكاة عند الشافعي[٤]؛ لأنها دين مطالب؛ ولهذا لا تسقط بهلاك المال.

فإن قيل: عندنا ينبغي أن تصح الكفالة في زكاة واجبة في نصاب مستهلك السوائم؛ لأنه في الذمة.

قلنا: قال بعض المشايخ: الفرق بين الزكاة والخراج: أن الزكاة ليست بدين؛ لأن الدين اسمٌ لمال واجب في الذِّمة، والزكاة فعل هو عبادة والمال لإقامته، كالحج؛ ولهذا قلنا: إن الزكاة لا تستوفى من التركة بخلاف الخراج؛ لأنه مال يجب في مقابلة الذبِّ عن حريم الدين وحفظه، فكان بمنزلة الأجرة، والكفالة بالأجرة صحيحة، فكذا بالخراج، وأما الواجب في الزكاة فتمليكُ مالٍ من غير أن يكون بدلًا عن شيء آخر.

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٢٢١).
(٢) انظر: التجريد للقدوري (٢/ ١٠٩٥)، وبدائع الصنائع (٢/ ٣٠١).
(٣) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٤/ ١٦٥)، ودرر الحكام (٢/ ٣٠١).
(٤) انظر: تحفة المحتاج (٥/ ٢٥٩).

وَأَمَّا النَّوَائِبُ، فَإِن أُرِيدَ بِهَا مَا يَكُونُ بِحَقٍّ، كَكَري النَّهرِ المُشتَرَكِ وَأَجرِ الحَارِسِ وَالمُوَظَّفِ لِتَجهِيزِ الجَيشِ وَفِدَاءِ الأَسَارَى وَغَيرِهَا، جَازَت الكَفَالَةُ بِهَا عَلَى الِاتِّفَاقِ، وَإِن أُرِيدَ بِهَا مَا لَيسَ بِحَقٍّ، كَالجِبَايَاتِ فِي زَمَانِنَا، فَفِيهِ اختِلَافُ المَشَايِخ ـ رَحِمَهُمُ اللَّهُ ـ، وَمِمَّن يَمِيلُ إِلَى الصِّحَّةِ الإِمَامُ عَلِيٌّ البَزدَوِيُّ، وَأَمَّا القِسمَةُ فَقَد

قوله: **(جازت الكفالة[1] بها)** أي: بالنوائب بالحق **(بالاتفاق)** بين أصحابنا وغيرهم من الفقهاء.

(كالجبايات في زماننا) وهي التي تأخذها الظلمة ظلمًا كالفتحر[2] وغيره **(ففيه اختلاف مشايخنا)**.

(عليٌّ البزدوي) وهو فخر الإسلام[3]، لا صدر الإسلام[4]، فإن صدر الإسلام قال: لا تصح الكفالة[5]، وبه قالت الأئمة الثلاثة[6].

وقال النسفي، وشمس الأئمة، وقاضي خان مثل قول فخر الإسلام؛ لأنها في حق توجه المطالبة فوق سائر الديون، والعبرة في باب الكفالة للمطالبة؛ لأنها شرعت لالتزامها.

ولهذا قلنا: إن من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط يؤجر، وإن كان الآخذ ظالمًا؛ ولهذا قلنا: إن من قضى نائبة غيره بأمره رجع عليه وإن لم يشترط الرجوع، كما لو قضى دين غيره بأمره.

قوله: **(وأما القسمة)** إلى آخره، عن أبي بكر بن سعيد أنه قال: قول صاحب الكتاب: (وقسمته) وقع غلطًا؛ لأن القسمة مصدَر، والمصدر فعل حقيقة، والفعل غير مضمون.

قال الهندواني: معنى قسمته؛ يعني: إذا طلب أحد الشريكَيْن القسمة من صاحبه، وامتنع الآخر عن ذلك، فضمن إنسان بها؛ لأن القسمة واجبة عليه.

---

(١) انظر: البحر الرائق (٦/ ٢٦٠).
(٢) كذا بالأصل، وفي النسخة الثانية: (القنجر)، وفي العناية (٧/ ٢٢٢): (كَالْقَيْجَرِ).
(٣) وهو علي بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم النسفي، فخر الإسلام البزدوي.
(٤) هو محمد بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم النسفي، صدر الإسلام، وهو وفخر الإسلام أخوان.
(٥) انظر: مجمع الأنهر (٢/ ١٤٢).
(٦) انظر: البحر الرائق (٦/ ٢٥٩)، والموسوعة الفقهية الكويتية (٥/ ٤١).

قِيلَ: هِيَ النَّوَائِبُ بِعَيْنِهَا، أَو حِصَّةٌ مِنهَا وَالرِّوَايَةُ بِ«أو»، وَقِيلَ: هِيَ النَّائِبَةُ المُوَظَّفَةُ الرَّاتِبَةُ، وَالمُرَادُ بِالنَّوَائِبِ: مَا يَنُوبُهُ غَيرُ رَاتِب ....

وقال بعضهم: معناها: إذا اقتسما، ثم يبيع أحد الشريكين قسم صاحبه، فتكون الرواية على هذا (قِسْمة) بسكون السين، وحذف التأكيد. كذا في الفوائد الظهيرية.

قيل في جوابه: القسمة بمعنى النصيب، جاء في القرآن قوله تعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ﴾ [القمر:٢٨]، والمراد النصيب.

(هي النوائب بعينها) وقد ذكر في التفسير النوائب بحق وبغير حق **(أو حصة منها)** أي: من النوائب، يعني إذا قسم الإمام نائبة على المسلمين، فأصاب من تلك القسمة له شيئًا فكفل به ـ صحَّ بالإجماع.

ولكن ينبغي أن يذكر الرواية على هذا التقدير، (وقِسْمة) بالواو، ليكون عطفًا للخاص على العام، كما في قوله تعالى: ﴿وَمَلَٰٓئِكَتِهِۦ وَرُسُلِهِۦ وَجِبْرِيلَ﴾ [البقرة:٩٨] دون (أو)، فكان قولُه: الرواية **(بأو)** جوابَ هذه الشبهة.

قال شمس الأئمة: تكلموا في معنى النوائب، قيل: هي أجرة الحارس ونحوه من نوائب المحلة، وهو واجبٌ شرعًا.

وقيل: ما يجهز الإمام للجيش إذا لم يكن في بيت المال شيءٌ، وهو واجبٌ على كل مسلم؛ طاعةً للإمام فيما يجبُ نظرًا للمسلمين(١)، وقيل: هي النائبة الموظفة الراتبة؛ أي: المقاطعات الديوانية في كل شهر أو ثلاثة. كذا في الفوائد الظهيرية.

قال المحبوبي في جامعه: من أصحابنا من قال: الأفضل للمرء أن يشارك أهل محلته في إعطاء النائبة.

قال شمس الأئمة: هذا كان في ذلك الوقت؛ لأنه إعانة على الطاعة والجهاد، أما في زماننا أكثر النوائب تؤخذ بطريق الظلم، ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه [فذلك خير له، وإن أراد الإعطاء فليُعطِ من هو عاجز عن دفع

---

(١) انظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/ ٩٥)، الاختيار لتعليل المختار (٢/ ١٧٢).

وَالحُكمُ مَا بَيَّنَّاهُ.

(وَمَن قَالَ لِآخَرَ: لَك عَلَيَّ مِائَةٌ إِلَى شَهرٍ، وَقَالَ المُقَرُّ لَهُ: هِيَ حَالَّةٌ، فَالقَولُ قَولُ المُدَّعِي، وَمَن قَالَ: ضَمِنْتُ لَك عَن فُلَان مِائَةً إِلَى شَهرٍ، وَقَالَ المُقَرُّ لَهُ: هِيَ حَالَّةٌ، فَالقَولُ قَولُ الضَّامِنِ). وَوَجهُ الفَرقِ: أَنَّ المُقِرَّ أَقَرَّ بِالدَّينِ.

ثُمَّ ادَّعَى حَقًّا لِنَفسِهِ وَهُوَ تَأخِيرُ المُطَالَبَةِ إِلَى أَجَلٍ، وَفِي الكَفَالَةِ مَا أَقَرَّ بِالدَّينِ، لِأَنَّهُ لَا دَينَ عَلَيهِ فِي الصَّحِيحِ، وَإِنَّمَا أَقَرَّ بِمُجَرَّدِ المُطَالَبَةِ بَعدَ الشَّهرِ، وَلِأَنَّ الأَجَلَ

الظلم عن نفسه][(١)] لفقره؛ حتى يستعين به الفقير على دفع الظلم، وينال المعُطي الثواب.

قوله: (فالحكم ما بيناه) وهو أن الكفالة فيما إذا كانت بحق بالاتفاق، ولو كانت بغير حق ففي صحة الكفالة اختلاف المشايخ كما ذكرنا.

قوله: (فالقول للضامن)[(٢)] [١٧٢/ب] أي في ظاهر الرواية.

(أن المقر أقر بالدين) وهو سبب وجوب المطالبة **(ثم ادَّعى لنفسه حقًّا)** على المقر له **(وهو تأخير المطالبة)** إلى شهر والمقر له ينكر ذلك؛ فالقول للمنكر في الشرع **(وفي الكفالة ما أقر بالدَّين)** إذْ لا دين عليه في الأصح، وإنما أقر بحق المطالبة بعد شهر، والمكفول له يدَّعي المطالبة لنفسه في الحال، والضامن ينكر ذلك القول، والقول للمنكر.

فإن قيل: فعلى هذا التقدير تتعطل الكفالة عن موجبها وهو التزام المطالبة؛ فينبغي ألا يكون القولُ للضامن.

قلنا: لا يتعطل؛ لأن التزام المطالبة إما للحال أو للمستقبل، وقد وجد هاهنا التزام المطالبة في المستقبل، فكانت صحيحة. إليه أشير في الفوائد الظهيرية.

قوله: (لا دين عليه)[(٣)] أي: على الكفيل **(في الصحيح)**، ولهذا لو أبرأ

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) انظر: كنز الدقائق (١/ ٤٥٥)، والبناية شرح الهداية (٨/ ٤٧٠).
(٣) انظر: البحر الرائق (٦/ ٢٦١).

فِي الدُّيُونِ عَارِضٌ حَتَّى لَا يَثْبُتَ إِلَّا بِشَرط، فَكَانَ القَولُ قَولَ مَن أَنكَرَ الشَّرطَ كَمَا فِي الخِيَارِ، أَمَّا الأَجَلُ فِي الكَفَالَةِ فَنَوعٌ مِنهَا حَتَّى يَثبُتَ مِن غَيرِ شَرط بِأَن كَانَ مُؤَجَّلًا عَلَى الأَصِيلِ، وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ أَلحَقَ الثَّانِيَ بِالأَوَّلِ، وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ فِيمَا يُروَى عَنهُ: أَلحَقَ الأَوَّلَ بِالثَّانِي ....

الطالب الكفيل، فرده الكفيل، لا يرتد برده كما بينا، فعُلم أن لا دين عليه، ولأن الأصل في الدَّين أن يجب حالًّا، والأجل فيه عارض؛ لأنه إن وجب فرضًا أو إتلافًا فظاهر، وإن وجب ثمنًا فكذلك؛ لأنه مقابل بزوال ملك البائع بآخر، أو العاقل على ما عليه ظاهر حاله لا يرضى بزوال ملكه ناجزًا لا ببدل ناجز؛ ولهذا لا يثبت الأجل إلا بشرط، فكان القول قول من أنكر العارض، كما إذا ادَّعى أحد المتعاقدين خيار الشرط وينكر الآخر؛ فالقول لمنكر الشرط؛ أي: مع اليمين والأجل في الكفالة، وليس بعارض حتى يثبت بلا شرط، فإن كفل بدين مؤجل؛ فإن الأجل يثبت[1] في حق الكفيل بلا شرط، فوجب أن يقبل قوله في بيانه.

قوله: (والشافعي ألحق الثاني بالأول، وأبو يوسف ألحق الأول بالثاني).

هكذا وقع في عامة النسخ، وليس بصحيح؛ بل الصحيح عكسه؛ فإن الشافعي ألحق الأول بالثاني، وأبو يوسف الثاني بالأول؛ وذلك لأن عند الشافعي القول للمقر في الفصلين جميعًا، فكان الإقرار بالدَّين هو المذكور أولًا، ملحقًا بالثاني وهو الإقرار بالكفالة، ومذهب أبي يوسف على عكسه.

وفي الكافي: ما ذكر في الهداية أن الشافعي ألحق الثاني بالأول مشكل؛ لأن مذهبه على عكسه، فيحتمل أن يكون له قولان، أو لفظ المصنّف: والشافعي ألحق الأول بالثاني، وأبو يوسف الثاني بالأول، وهكذا في شرح البزدوي والظهيري، والتغيير وقع من الكاتب.

حجة الشافعي أن الدين نوعان: حالّ ومؤجّل، كالكفالة، فكان القول له في بيانه.

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٢٢٣)، والجامع الصغير وشرحه النافع الكبير (١/ ٣٨٠).

وَالفَرقُ قَد أَوضَحنَاهُ. قَالَ: (وَمَن اشتَرَى جَارِيَة فَكَفَلَ لَهُ رَجُلٌ بِالدَّرَك) فَاستَحَقَّت: لَم يَأخُذِ الكَفِيلَ حَتَّى يُقضَى لَهُ بِالثَّمَنِ عَلَى البَائِعِ) لِأَنَّ بِمُجَرَّدِ الِاستِحقَاقِ لَا يَنتَقِضُ البَيعُ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ(*) ....

وحجّة أبي يوسف في رواية إبراهيم بن يوسف عنه: أنهما تصادقا على وجوب المال، ثم ادَّعى أحدهما الأصل على صاحبه، فلا يصدق إلا بالحجة كما في الأول؛ ألا ترى أنه لو أقر بالكفالة على أنه بالخيار ـ جاز إقراره بالكفالة، ودعواه الخيار باطل، وكذا الأجل(١).

قوله: (والفرق قد أوضحناه) إشارة إلى قوله: (ووجه الفرق) صالح للجواب عن دليل الشافعي، وعن دليل أبي يوسف.

فإن قيل: الأجل صفة للدين، يقال: دين مؤجل ودين حالّ، كالجودة والرداءة، وفي دعوى الجودة والرداءة القولُ للمقر بالاتفاق، وفي دعوى الأجل القولُ للمقر له، فما الفرق بينهما؟

قلنا: قال الإمام المرغيناني والمحبوبي: الأجل للدَّين وصفٌ لفظًا لا معنى، بخلاف الجودة والرداءة صفة للمال حقيقة ولفظًا، فلما أقرَّ بالمال بوصف لا يجب عليه بوصفٍ آخر في مطلق الإقرار.

ثم ذكر التمرتاشي هاهنا مسألة، وهي أن رجلًا لو ادَّعى مالًا على رجل، والمال مؤجل، فيخاف إن أقر أخذ به، وإن أنكر يكون كاذبًا؛ فالحيلة له أن يقول للمدعي: هذا المال الذي تدعيه مؤجل أو معجل؟ فإن قال: مؤجل فلا دعوى له في الحال، فإن قال: معجل ينكر وهو صادق.

وفي العيون: مَن عليه دينٌ مؤجل لو حلف: ما له قِبَلي اليوم شيءٌ ـ أرجو ألا يكون به بأس إن كان لا يقصد إتواء حقه.

قوله: (لأن بمجرد الاستحقاق) أي: القضاء بالاستحقاق، والقضاء بالمبيع للمستحق **(لا ينتقض البيع(٢) على ظاهر الرواية)** فلا يجب الثمن على البائع، وفي

(*) الراجح: هو ظاهر الرواية.

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٢٢٣).

(٢) انظر: البحر الرائق (٦/ ٢٦٢).

مَا لَم يُقضَ لَهُ بِالثَّمَنِ عَلَى البَائِعِ، فَلَم يَجِب لَهُ عَلَى الأَصِيلِ رَدُّ الثَّمَنِ فَلَا يَجِبُ عَلَى الكَفِيلِ، بِخِلَافِ القَضَاءِ بِالحُرِّيَّةِ، لِأَنَّ البَيعَ يَبطُلُ بِهَا لِعَدَمِ المَحَلِّيَّةِ فَيَرجِعُ عَلَى البَائِعِ وَالكَفِيلِ. وَعَن أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يَبطُلُ البَيعُ بِالِاستِحقَاقِ، فَعَلَى قِيَاسِ قَولِهِ: يَرجِعُ بِمُجَرَّدِ الِاستِحقَاقِ، وَمَوضِعُهُ أَوَائِلُ الزِّيَادَاتُ فِي تَرتِيبِ الأَصلِ.

الكفالة بالدرك لا بدَّ من وجود الثمن على البائع، فلا بدَّ من القضاء بالثمن على البائع؛ لاحتمال أن يجيز المستحق البيع فلا يعود الثمن[(١)] إلى ملك المشتري؛ ولهذا لو كان الثمن عبدًا فأعتقه بائع الجارية بعد استحقاقها نفذ إعتاقه.

وكذا لو كان المشتري باعها من غيره، فاستُحقت من يد الثاني لم يكن للمشتري الأول أن يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه المشتري الثاني؛ كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد، ومتى لم يجب الثمن على البائع لا يرجع المشتري على الكفيل. كذا في جامع قاضي خان [٢/ ١٧٣/ أ] والمحبوبي.

وفي جامع المحيط: قال أبو يوسف[(٢)]: الكفيل بالدرك يأخذه المشتري إذا قضي عليه بالاستحقاق، وإن كان البائع غائبًا فينفسخ البيع بهذه الرواية بمجرد الاستحقاق، وهو ورواية عن أبي حنيفة، وبه قال الأئمة الثلاثة[(٣)]، فعلى هذا: للمشتري أن يأخذ الكفيل بالثمن إذا قضي عليه بالاستحقاق.

قوله: (بخلاف القضاء بالحرية) [ووجه الورود: أن بمجرد القضاء بالحرية][(٤)] يثبت للمشتري حق الرجوع، ولم يثبت في فصل الاستحقاق **(لأن البيع يبطل بها)** أي: بالحرية **(لعدم المحلية)**.

قوله: (في ترتيب)[(٥)] وهو ترتيب محمد، حيث ابتدأ كتاب الزيادات بكتاب المأذون، ثم رتَّبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي عليه الآن.

---

(١) انظر: البحر الرائق (٨/ ٢٧٨).
(٢) انظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ٢٩٨)، ومجلة الأحكام العدلية (١/ ١٢٠).
(٣) انظر: الجامع لمسائل المدونة (١٨/ ٨٦)، وشرح التلقين (٢-٣/ ١٩١)، وبحر المذهب للروياني (٦/ ١٦٤)، وحاشية الجمل على شرح المنهج (٣/ ١٧٩)، والمغني (٤/ ٤٠٤، ٤٠٥).
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٥) كذا بالأصول الخطية، وتقدم في المتن: (في ترتيب الأصل).

(وَمَن اشتَرَى عَبدًا فَضَمِنَ لَهُ رَجُلٌ بِالعُهدَةِ فَالضَّمَانُ بَاطِلٌ) لِأَنَّ هَذِهِ اللَّفظَةَ مُشتَبِهَةٌ قَد تَقَعُ عَلَى الصَّكِّ القَدِيمِ، وَهُوَ مِلكُ البَائِعِ، فَلَا يَصِحُّ ضَمَانُهُ، وَقَد تَقَعُ عَلَى العَقدِ وَعَلَى حُقُوقِهِ وَعَلَى الدَّركِ وَعَلَى الخِيَارِ، وَلِكُلٍّ ذَلِكَ وَجهٌ فَتَعَذَّرَ العَمَلُ بِهَا، بِخِلَافِ الدَّركِ، لِأَنَّهُ استُعمِلَ فِي ضَمَانِ الِاستِحقَاقِ عُرفًا، وَلَو ضَمِنَ

قوله: **(فضمن له رجُل بالعهدة، فالضمان باطل)** اعلم أن هاهنا ثلاث مسائل: ضمان العهدة، وضمان الدرك، وضمان الخلاص، فضمان الدرك جائزٌ باتفاق[1] أصحابنا، وضمان العُهدة باطل[2] عندهم بالاتفاق، وضمان الخلاص؛ فعند أبي يوسف ومحمد جائز[3]، وعند أبي حنيفة باطل[4].

وفي الفوائد الظهيرية: وأما ضمان العهدة فقد ذكر هاهنا؛ أي: في الجامع الصغير، أنه باطلٌ، ولم يَحْكِ خلافًا، وذكر بعض مشايخنا أن عند أبي حنيفة ضمان العهدة ضمان الدرك.

وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي للخصَّاف أن تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحدٌ عند أبي حنيفة ومحمد، وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق، وبه قالت الأئمة الثلاثة[5]، وعند أبي حنيفة شرط العهدة باطل، وتفسيره عنده الصك الأصلي الذي كان عند البائع، يشترط المشتري أن يسلمه إليه، وهذا شرطٌ لا يقتضيه العقد، ولأحد العاقدين فيه منفعة فكان باطلًا، والضمان به باطل أيضًا؛ لأنه التزام شيء لا يقدرُ عليه.

(وهذه اللفظة) أي: لفظة العهدة **(مشتبهة)** كما ذكره في الكتاب، يعني يطلق على العقد؛ لأن العهدة أخذت من العهد، والعهد والعقد سواء، فكانت العهدة من العهد بمنزلة العقدة من العقد، ويطلق على الصك القديم؛ لأنه وثيقة بمنزلة كتاب العهد، ويطلق على الحقوق التي ترجع إلى العقد؛ لأنها من ثمرات

---

(١) انظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٣/ ٢٤١)، وبدائع الصنائع (٦/ ٩).
(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي (٣/ ٢٣٩)، والبناية شرح الهداية (٨/ ٤٧٣).
(٣) انظر: المحيط البرهاني (٨/ ٨١).
(٤) انظر: مجمع الأنهر (٢/ ١٤٢).
(٥) انظر: الجامع لمسائل المدونة (١٨/ ٨٦)، الحاوي الكبير (٩/ ٥١٢)، المغني لابن قدامة (٤/ ٤٠٤).

الخَلَاصَ لَا يَصِحُّ عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ، لِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَن تَخلِيصِ المَبِيعِ وَتَسلِيمِهِ لَا مَحَالَةَ وَهُوَ غَيرُ قَادِرٍ عَلَيهِ، وَعِندَهُمَا: هُوَ بِمَنزِلَةِ الدَّرَكِ وَهُوَ تَسلِيمُ البَيعِ أَو قِيمَتِهِ فَصَحَّ.

العقد، ويُطلق على خيار الشرط، كما جاء في الحديث: «**عُهْدَةُ الرّقيقِ ثلاثةُ أيّام**»[(١)]؛ أي: خيار الشرط، وإذا كان كذلك بطل العملُ بها قبل البيان، وهما يقولان: يجبُ صرفها إلى ما يصح به الضمان، وهو الدرك؛ تصحيحًا للضمان بقدر الإمكان، وأبو حنيفة يقول: فراغ الذمة أصلٌ، فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال.

وقال ابن قدامة في المغني: العُهدة عبارة عن الدرك، وضمان الثمن في العُرف، فيحمل المطلق عليه[(٢)].

وقلنا: العُرف غير مسلم؛ لما ذكرنا، ولئن سلم فيحمل عليه إذا لم يعارض أصلًا آخر، وهو الأصل في الذمم البراءة.

وضمان الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة[(٣)]، وبه قال أحمد في رواية[(٤)]، واختاره القاضي الحنبلي.

(لأنه عبارة) أي: ضمان الخلاص **(عن تخليص المبيع)** وهو غير قادر عليه؛ لأن المبيع إذا خرج حرًّا أو مستحقًّا كيف يخلصه؟ وعندهما تفسيره ضمان تسليم المبيع إن قدر عليه، وتسليم الثمن إن عجز عنه. كذا في جامع المحبوبي وقاضي خان وشمس الأئمة.

وقال شمسُ الأئمة: شرط الخلاص تفسيره: أن يشترط على البائع أن

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٤ رقم ٣٥٠٦)، والحاكم (٢/ ٢١ رقم ٢١٩٨)، وأحمد (٤/ ١٥٠ رقم ١٧٣٩٥) من حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه.
قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد، غير أنه على الإرسال فإن الحسن لم يسمع من عقبة بن عامر، وله شاهد.
(٢) المغني لابن قدامة (٤/ ٤٠٤).
(٣) انظر: مجمع الأنهر (٤/ ١٤٢).
(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٤/ ٤٠٤)، والشرح الكبير على المقنع (١٣/ ٣٢)، والإنصاف (١٣/ ٣١).

بَابُ كَفَالَةِ الرَّجُلَينِ

(وَإِذَا كَانَ الدَّينُ عَلَى اثنَينِ، وَكُلٌّ وَاحِد مِنهُمَا كَفِيلٌ عَن صَاحِبِهِ، كَمَا إِذَا اشتَرَيَا عَبدًا بِأَلفِ دِرهَم، وَكَفَلَ كُلُّ وَاحِد مِنهُمَا عَن صَاحِبِهِ، فَمَا أَدَّى أَحَدُهُمَا لَم يَرجِع عَلَى شَرِيكِهِ حَتَّى يَزِيدَ مَا يُؤَدِّيهِ عَلَى النِّصفِ، فَيَرجِعَ بِالزِّيَادَةِ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِد مِنهُمَا فِي النِّصفِ أَصِيلٌ وَفِي النِّصفِ الآخَرِ كَفِيلٌ، وَلَا مُعَارَضَةَ بَينَ مَا عَلَيهِ بِحَقِّ الأَصَالَةِ وَبِحَقِّ الكَفَالَةِ، لِأَنَّ الأَوَّلَ دَينٌ، وَالثَّانِي: مُطَالَبَةٌ، ثُمَّ هُوَ تَابِعٌ لِلأَوَّلِ فَيَقَعُ

المبيع إن استحق من يده يخلصُه ويسلمه بأي طريق يقدرُ عليه، وهذا باطلٌ؛ لأنه شرط لا يقدر على الوفاء به؛ إذِ المستحق ربما لا يساعده عليه؛ ولهذا ذكر أبو زيد في شروطه أن أبا حنيفة وأبا يوسف كانا يكتبان في الشرط: فما أدرك فلان بن فلان؛ فعلى فلان خلاصه أو رد الثمن، وإن لم يذكر رد الثمن يفسد البيع؛ لأنه ينفي الضمان بتخليص المبيع، وأنه باطل، وعلم من هذا أن الخلاف فيما إذا ذكر ضمان الخلاص مطلقًا، أما إذا ذكر خلاصُ المبيع، أو رد الثمن، أو أراد ذلك يجوز بالإجماع.

بَابُ كَفَالَةِ الرَّجُلَيْنِ

لما ذكر كفالة الواحد أعقبه بكفالة الاثنين؛ إذ الاثنين بعد الواحد وجودًا، وكذا ذكرًّا.

قوله: **(كما [إذا]**[١] **اشتريا)** إلى آخره، يعني لرجل عليهما ألف من ثمن متاعٍ أو قرضٍ أو غيرهما.

قوله: **(لأن الأول)** هذا دليل قوة الدين وضعف المطالبة **(ثم هو)** أي: الثاني، وهو المطالبة بالدَّين بالكفالة **(تابع)** للدين.

وفي المحيط: الدَّين أقوى من المطالبة؛ ألا ترى أن الطالب يملك إخراجَه عن المطالبة، ولا يملك في حق ما لزم الأصيل، فلما لم يستويا في القوة لم تثبت المعارضة؛ إذْ من شرطها [٢/ ١٧٣/ب] المساواة بينهما في القوة، فلما لم

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

عَنِ الأَوَّلِ، وَفِي الزِّيَادَةِ لَا مُعَارَضَةَ فَيَقَعُ عَنِ الكَفَالَةِ، وَلِأَنَّهُ لَو وَقَعَ فِي النِّصفِ عَن صَاحِبِهِ فَيَرجِعُ عَلَيهِ فَلِصَاحِبِهِ أَن يَرجِعَ، لِأَنَّ أَدَاءَ نَائِبِهِ كَأَدَائِهِ فَيُؤَدِّي إِلَى الدَّورِ (وَإِذَا كَفَلَ رَجُلَانِ عَن رَجُلٍ بِمَالٍ، عَلَى أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا كَفِيلٌ عَن صَاحِبِهِ، فَكُلُّ شَيءٍ أَدَّاهُ أَحَدُهُمَا رَجَعَ عَلَى شَرِيكِهِ بِنِصفِهِ قَلِيلًا كَانَ أَو كَثِيرًا) وَمَعنَى المَسأَلَةِ فِي الصَّحِيحِ: أَن تَكُونَ الكَفَالَةُ بِالكُلِّ عَنِ الأَصِيلِ وَبِالكُلِّ عَنِ الشَّرِيكِ، وَالمُطَالَبَةُ

يستويا في السبب لم يستويا في الحكم؛ بل يثبت حكم ما هو أقوى، وهو الأداء، من الدَّين[1].

وفي المغني لابن قدامة الحنبلي[2]: ويتعين القضاء بلفظه أو نيته، ولو أطلق احتمل صرفها إلى ما شاء، كمن أخرج زكاة وله نصابان، وهذا على أصل الأئمة الثلاثة أن الدَّين يثبت في ذمة الضامن كثبوته في ذمة الأصيل.

وقلنا: التعيين في الجنس الواحد لغو، وهذا دين واحد، حَتى لو كان نصف الدين بقرض، ونصفه الآخر ببيع وعين ـ صح، وفي الجنسين يعتبر تعيينه؛ لأنه حينئذٍ مفيد.

قوله: (فيؤدي إلى الدور) لأنه لو وقع النصف عن صاحبه يقول للمؤدي: أنتَ أديته عني بأمري، فيكون ذلك كأدائي، ولو أديت بنفسي كان لي أن أجعل المؤدي عنك، ثم إن رجعت عليَّ وأنا كفيل عنك، وأنا أجعله عنك وأرجع عليك؛ لأن ذلك الذي أديته هو أدائي في التقدير، وفي حقيقة أدائي لرجعت عليك، ففي التقدير أيضًا أرجع، وذلك الشريك الآخر يقول أيضًا كذلك؛ فلذلك لم يكن في الرجوع فائدة، فجعلنا المؤدي عن نصيبه خاصة؛ حتى ينقطع الدور.

بخلاف الزيادة على النصف، فإنه لو رجع على شريكه بذلك لا يكون لشريكه أن يرجع عليه؛ إذْ ليس على شريكه بحكم الأصالة إلا النصف فيفيد الرجوع. إلى هذا أشير في شروح الجامع الصغير، فكل أمر آل عاقبته إلى الدور لا يؤخذ هو في نفسه أصلًا.

قوله: (ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون) إلى آخره، إنما قال: في الصحيح؛ لأنه لو جعل كل واحدٍ منهما كفيلًا بالنصف لما صح التفريع الذي

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٤٧٥).

(٢) المغني لابن قدامة (٤/ ٤١٩).

مُتَعَدِّدَةٌ فَتجتَمِعُ الكَفَالَتَانِ عَلَى مَا مَرَّ، وَمُوجِبُهَا: التِزَامُ المُطَالَبَةِ فَتَصِحُّ الكَفَالَةُ عَن الكَفِيلِ كَمَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ عَن الأَصِيلِ وَكَمَا تَصِحُّ الحَوَالَةُ مِن المُحتَالِ عَلَيهِ.

وَإِذَا عُرِف هَذَا، فَمَا أَدَّاهُ أَحَدُهُمَا وَقَعَ شَائِعًا عَنْهُمَا، إِذْ الكُلُّ كَفَالَةٌ فَلَا تَرْجِيحَ لِلْبَعْضِ عَلَى البَعْضِ بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، فَيَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِنِصْفِهِ وَلَا يُؤَدِّي إِلَى الدَّوْرِ، لِأَنَّ قَضِيَّتَهُ الِاسْتِوَاءُ، وَقَدْ حَصَلَ بِرُجُوعِ أَحَدِهِمَا بِنِصْفِ مَا أَدَّى، فَلَا يَنْتَقِضُ بِرُجُوعِ الآخَرِ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ، ثُمَّ يَرْجِعَانِ عَلَى الأَصِيلِ، لِأَنَّهُمَا أَدَّيَا

يأتي، والمطالبة متعددة؛ لأن كل واحدٍ منهما مطالبٌ بالكل من جهة الأصيل، ومُطالب بالكفالة من جهة الكفيل، فتجتمع الكفالتان، فتعددت المطالبتان لتعدد الكفالتين.

قوله: (**كما تصح الحوالة**) أي: حوالة المحتال عليه بما التزم على آخر ـ يصح؛ فكذلك في الكفالة، والجامع بينهما التزام ما وجب على الأصيل من غير تعرض لنقل الدين وعدمه.

قوله: (**لا ترجيح للبعض على البعض**) لأن الكل كفالة، فيقعُ شائعًا (**بخلاف ما تقدم**) أي: في المسألة الأولى الترجيح موجود، وهو أنه أصيلٌ في النصف.

وحاصل الفرق بينهما؛ أي: أن ما أدى أحد الكفيلين يقع شائعًا في الثانية، ووقع من الدَّين لا من الكفالة، وفي المسألة الأولى ما لم يزد المؤدي لا يقع عن الكفالة.

قوله: (**لأن قضيته**) أي: قضية عقد الكفالة (**الاستواء**) لاستوائهما في العلة، وهي ضمان الكفالة، فلما كان كذلك كان لمن أدَّى ولاية الرجوع على صاحبه بنصف ما أدَّى؛ لأنه مستوٍ لصاحبه في الالتزام بجهة توجبُ أن يَستويا في الغرم بسببه.

بخلاف الشراء فإن هناك كل واحدٍ منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة؛ بل التزم نصف المال لشرائه بنفسه، ونصفه بكفالته عن شريكه، وجعل المؤدى من الكفالة يؤدي إلى الدور فلا يجعل. كذا في جامع المحبوبي.

(**وقد حصل**) أي: وقد حصل الاستواء (**برجوع أحدهما بنصف ما أدَّى فلا ينتقض**) الاستواء بعد ذلك بالرجوع.

عَنْهُ أَحَدُهُمَا بِنَفْسِهِ وَالآخَرُ بِنَائِبِهِ (وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ بِالجَمِيعِ عَلَى المَكْفُولِ عَنْهُ) لِأَنَّهُ كَفَلَ بِجَمِيعِ المَالِ عَنْهُ بِأَمْرِهِ. قَالَ: (وَإِذَا أَبْرَأَ رَبُّ المَالِ أَحَدَهُمَا، أَخَذَ الآخَرَ بِالجَمِيعِ) لِأَنَّ إِبْرَاءَ الكَفِيلِ لَا يُوجِبُ بَرَاءَةَ الأَصِيلِ، فَبَقِيَ المَالُ كُلُّهُ عَلَى الأَصِيلِ وَالآخَرُ كَفِيلٌ عَنْهُ بِكُلِّهِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَلِهَذَا يَأْخُذُهُ بِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا افْتَرَقَ المُتَفَاوِضَانِ، فَلِأَصْحَابِ الدُّيُونِ أَنْ يَأْخُذُوا أَيَّهُمَا شَاؤُوا بِجَمِيعِ الدَّيْنِ) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي الشَّرِكَةِ (وَلَا يَرْجِعُ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ حَتَّى يُؤَدِّيَ أَكْثَرَ مِن النِّصْفِ) لِمَا مَرَّ مِن الوَجْهَيْنِ فِي كَفَالَةِ الرَّجُلَيْنِ.

قَالَ: (وَإِذَا كُوتِبَ العَبْدَانِ كِتَابَةً وَاحِدَةً وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا كَفِيلٌ عَنْ صَاحِبِهِ

قوله: (كتابة واحدة)، وفي الفوائد الظهيريّة: كاتبهما كتابة واحدة، وقيد بالكتابة الواحدة؛ لأنه لو كان كل واحدٍ مكاتبًا بكتابة على حدة، فكفل كل منهما عن صاحبه ببدل الكتابة ـ لا يصح قياسًا واستحسانًا؛ إذِ الكفالة ببدل الكتابة لا تصح بإجماع الأئمة الأربعة[١].

أما لو كانت الكتابة واحدة تصحُ استحسانًا عندنا[٢]، ولا تصح قياسًا، وبه قالت الأئمة الثلاثة[٣]، كما إذا كانت الكتابة على حدة منفردة، ولأنه شرط فيه كفالة المكاتب، والكفالة ببدل الكتابة، وكل ذلك باطل، فكانت الكتابة فاسدة؛ إذِ الكتابة تفسد بالشروط الفاسدة.

ووجه الاستحسان أن هذا عقدٌ يحتمل الصحة فتحمل عليهما مهما أمكن، وذلك بأن يجعل على أحدهما وعتق الآخر معلقًا بأدائه، كما في الولد المولود في الكتابة، بخلاف ما إذا اختلفت كتابتهما؛ للعتق كل واحدٍ تعلقت بمال على حدة، فيتعذر تصحيحه، وإذا أمكن تصحيحُه كما قلنا يجعل كل واحدٍ منهما في

---

(١) انظر: التجريد للقدوري (٦/ ٢٨٣٤)، بداية المجتهد (٤/ ٨٢)، المجموع (١٤/ ٤٥)، المغني (١٠/ ٤٤٩).
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٤٧٨).
(٣) انظر: المدونة (٤/ ١٠٤)، الشرح الكبير (١٣/ ٦٤)، المبدع (٦/ ٤٧).

فَكُلُّ شَيْءٍ أَدَّاهُ أَحَدُهُمَا رَجَعَ عَلَى صَاحِبِهِ بِنِصْفِهِ) وَوَجْهُهُ: أَنَّ هَذَا العَقْدَ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا، وَطَرِيقُهُ: أَنْ يُجْعَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَصِيلًا فِي حَقِّ وُجُوبِ الأَلْفِ عَلَيْهِ، فَيَكُونُ عِتْقُهُمَا مُعَلَّقًا بِأَدَائِهِ، وَيُجْعَلَ كَفِيلًا بِالأَلْفِ فِي حَقِّ صَاحِبِهِ، وَسَنَذْكُرُهُ فِي المُكَاتَبِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَإِذَا عُرِفَ ذَلِكَ: فَمَا أَدَّاهُ أَحَدُهُمَا رَجَعَ بِنِصْفِهِ عَلَى صَاحِبِهِ لِاسْتِوَائِهِمَا، وَلَوْ رَجَعَ بِالكُلِّ لَا تَتَحَقَّقُ المُسَاوَاةُ.

قَالَ: (وَلَوْ لَمْ يُؤَدِّيَا شَيْئًا حَتَّى أَعْتَقَ المَوْلَى أَحَدَهُمَا جَازَ العِتْقُ) لِمُصَادَفَتِهِ مِلْكَهُ وَبَرِئَ عَنْ النِّصْفِ، لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِالتِزَامِ المَالِ إِلَّا لِيَكُونَ المَالُ وَسِيلَةً إِلَى العِتْقِ، وَمَا بَقِيَ وَسِيلَةً فَيَسْقُطُ وَيَبْقَى النِّصْفُ عَلَى الآخَرِ؛ لِأَنَّ المَالَ فِي الحَقِيقَةِ مُقَابَلٌ بِرَقَبَتِهِمَا. وَإِنَّمَا جُعِلَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا احْتِيَالًا لِتَصْحِيحِ الضَّمَانِ، وَإِذَا

حق المولى كأن المال كله عليه، وعتق الآخر معلق بأدائه، فيُطالب كل واحدٍ منهما بجميع المال بحكم الأصالة لا بحكم الكفالة، وفي الحقيقة المالُ مقابل بهما حتى يكون موزعًا منقسمًا عيلهما، ولكنا قدَّرنا المال على كل واحدٍ منهما؛ تصحيحًا للكفالة، وفيما وراء ذلك: العبرة للحقيقة، فإن أدَّى أحدهما شيئًا يرجع على صاحبه بنصف ما أدَّى.

فإن قيل: كيف [٢/ ١٧٤/أ] يرجع على صاحبه وقد قلتم: إن المال مقابل بهما حقيقة، فيجب أن يكون الرجوع ما لم يزد المؤدى على النصف، وإلا يلزم الدور كما في مسألة أول الباب؟

قلنا: إنما يرجعُ بنصف ما أدَّى؛ تحرزًا عن تفريق الصفقة على المولى؛ لأن المؤدى لو وقع عن المؤدي على الخصوص يبرأ بأدائه عن نصيبه فيعتق؛ لأن المكاتب إذا أبرئ مما عليه من البدل يُعتق، والمولى شرط عليهما أن يؤديا جميعًا ويعتقا جميعًا، فأوقعنا المؤدى عنهما تحرزًا عن هذا.

ونظيره كاتب نصراني عبدين نصرانيين على خمر كتابة واحدة، فَأسْلم أحدهما فانقلب ما عليهما قيمة؛ لأنه لو انقلب على المسلم خاصة دون الآخر يتميز نصيبُه عن نصيب صاحبه، فَيُعتق بأداء ما عليه، فيؤدي إلى تفريق الصفقة.

قوله: (لأن المال في الحقيقة مقابلٌ برقبتهما) وإنما جعلناه على كل واحدٍ

جَاءَ العِتْقُ اسْتَغْنَى عَنْهُ فَاعْتُبِرَ مُقَابَلًا بِرَقَبَتِهِمَا فَلِهَذَا يَتَنَصَّفُ، وَلِلْمَوْلَى أَنْ يَأْخُذَ بِحِصَّةِ الَّذِي لَمْ يُعْتِقْ أَيَّهمَا شَاءَ المُعْتَقَ بِالكَفَالَةِ وَصَاحِبَهُ بِالأَصَالَةِ، وَإِنْ أَخَذَ الَّذِي أَعْتَقَ رَجَعَ عَلَى صَاحِبِهِ بِمَا يُؤَدِّي لِأَنَّهُ مُؤَدٍّ عَنْهُ بِأَمْرِهِ، وَإِنْ أَخَذَ الآخَرُ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى المُعْتَقِ بِشَيْءٍ، لِأَنَّهُ أَدَّى عَنْ نَفْسِهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ كَفَالَةِ العَبْدِ وَعَنْهُ

ضرورة تصحيح الكفالة، فيتقدر بتقدره، وفيما وراءه: العبرة للحقيقة، ولأن بالعتق استغنى عنه فقوبل برقبتهما، ولأنا جعلنا المال على أحدهما، وعلقنا عتق الآخر بأدائه، فإن كان المال على الذي أعتقه يسقط كله بعتقه، وإن كان على الآخر لا يسقط منه شيء، وكل واحد منهما مترددٌ بين أن يكون أصيلًا وبين أن يكون تبعًا، فيسقط نصفه وتبقى حصة الآخر.

قوله: (المعتق بالكفالة) فإن قيل: الكفالة ببدل الكتابة لا تصح، فكيف يكون المعتق كفيلًا به، وقد جعلتم المال على كل واحدٍ منهما، وعتق الآخر معلقًا بأدائه؟

قلنا: الكفالة ببدل الكتابة ابتداءً لا تجوز؛ ولهذا جعلنا البدل على كل واحدٍ منهما تصحيحًا للكتابة على ذلك الوجه بقدر الإمكان، أما بعد عتق أحدهما صار كفيلًا عن غير المعتق ببدل الكتابة بقاء، فيجوز ذلك بقاء وإن لم يجز ابتداء، كما في موت الشهود في النكاح، كذا قيل، وفيه تأمل.

وقال الإمام قاضي خان والمرغيناني والمحبوبي وغيرهم: البقاء يكون على وُفق الثبوت، وفي حالة الثبوت كان مطالبًا بجميع الألف، والباقي بعض ذلك الألف، فيبقى على تلك الصفة.

باب كفالة(١) العبد وعنه

أخَّر هذا الباب لأن الحرَّ مقدَّمٌ على العبد لشرفه، ولأن الأصل في بني آدم الحرية، والرِّق بعارض الكُفر.

---

(١) في الأصل: (باب عتاقة العبد وعنه)، والمثبت من النسخة الثانية.

﴿وَمَنْ ضَمِنَ عَنْ عَبْدٍ مَالًا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ حَتَّى يَعْتِقَ وَلَمْ يُسَمِّ حَالًّا وَلَا غَيْرَهُ، فَهُوَ حَالٌّ﴾ لِأَنَّ المَالَ حَالٌّ عَلَيْهِ لِوُجُودِ السَّبَبِ وَقَبُولِ الذِّمَّةِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُطَالَبُ

قوله: (لا يجب عليه) هذه الجملة صفة لـ **(مالًا)** لا جواب المسألة؛ إذْ هي جملة فعلية وقعت صفة النكرة وهي (مالًا).

وجواب المسألة قوله: **(فهو حال)** فقد ذكر الإمام قاضي خان صورة المسألة: ما إذا أقر العبد بالاستهلاك، قال: وكذبه المولى، أو أقرضه إنسانًا، أو باعه وهو محجورٌ، أو وطئ امرأة بشبهة بغير إذن المولى، أو أودعه إنسانًا فاستهلك الوديعة.

وفي الفوائد الظهيرية: لفظ محمد في الكتاب: إذا استهلك مالًا لا يؤاخذ به حتى يعتق. اختلف المشايخ في مراده.

قيل: مراده أقر بالاستهلاك وكذبه المولى، وقيل: مراده أراد العبد المحجور إذا استهلك مالًا أودع عنده؛ فإنه لا يؤاخذ به إلا بعد العتق عند أبي حنيفة ومحمد[1].

قال المحبوبي: مراده أقر بالاستهلاك، [لأنه لو استهلك عيانًا يؤخذ في الحال من كسبه إن كان، وإن لم يكن تباع رقبته بدين الاستهلاك][2] إلا أن يقضيه المولى.

أما الكفالة صحيحة في جميع هذه الوجوه؛ لأنه كفل بمال مضمون على الأصيل، وهو مقدور التّسليم للكفيل، فتصح الكفالة كما في سائر الديون، ويؤخذ الكفيل به في الحال، وإن كان في حق الأصيل متأخرًا لعسرته، إذِ العبد لا يملك شيئًا، ولا عسرة في حق الكفيل، كمفلس فلسه القاضي؛ فإنه لا يؤاخذ به قبل الميسرة ويؤاخذ به كفيله، وكما لو كفل بدين عن غائب فإن الكفيل يؤخَذُ به في الحال إن عجز الطالب عن مطالبة الأصيل، بخلاف الدين المؤجل حيث يؤخذ الكفيل بعد الأجل؛ لأن الدَّين كان مؤجّلًا على الأصيل بالتأجيل، والكفيل متحمل ما عليه فيلزمه بصفته.

(١) انظر: النتف في الفتاوى للسغدي (٢/ ٧٦٠).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لِعُسْرَتِهِ، إذْ جَمِيعُ مَا فِي يَدِهِ مِلْكُ المَوْلَى وَلَمْ يَرْضَ بِتَعَلُّقِهِ بِهِ وَالكَفِيلُ غَيْرُ مُعْسِرٍ، فَصَارَ كَمَا إذَا كَفَلَ عَنْ غَائِبٍ أَوْ مُفْلِسٍ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ المُؤَجَّلِ لِأَنَّهُ مُتَأَخِّرٌ بِمُؤَخِّرٍ، ثُمَّ إذَا أَدَّى رَجَعَ عَلَى العَبْدِ بَعْدَ العِتْقِ، لِأَنَّ الطَّالِبَ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ إلَّا بَعْدَ العِتْقِ، فَكَذَا الكَفِيلُ لِقِيَامِهِ مَقَامِهِ.

(وَمَنْ ادَّعَى عَلَى عَبْدٍ مَالًا وَكَفَلَ لَهُ رَجُلٌ بِنَفْسِهِ فَمَاتَ العَبْدُ بَرِئَ الكَفِيلُ) لِبَرَاءَةِ الأَصِيلِ، كَمَا إذَا كَانَ المَكْفُولُ عَنْهُ بِنَفْسِهِ حُرًّا.

قَالَ: (فَإِنْ ادَّعَى رَقَبَةَ العَبْدِ، فَكَفَلَ بِهِ رَجُلٌ، فَمَاتَ العَبْدُ، فَأَقَامَ المُدَّعِي البَيِّنَةَ أَنَّهُ كَانَ لَهُ: ضَمِنَ الكَفِيلُ قِيمَتَهُ) لِأَنَّ عَلَى المَوْلَى رَدَّهَا عَلَى وَجْهٍ يَخْلُفُهَا قِيمَتُهَا،

قوله: (برئ الكفيل) وهذا الحكم لا يختلف بين ما إذا كان المكفول بنفسه يوجب براءة الكفيل، إلا أنه ذكر العبد هاهنا؛ لينهي المسألة الثانية فيفرق بينهما.

قوله: (فإن ادَّعى رقبة العبد) أي: على ذي اليد رقبة العبد، وبه صرَّح في الفوائد الظهيرية **(فكفل به)** أي: بالعبد نفسه **(فمات[1] العبد، فأقام المدعي البينة)**، وقيد إثبات ملكه بالبينة؛ لأنه لو ثبت ملك المدَّعى عليه بإقرار ذي اليد، أو بنكوله عند التحليف، وقد مات العبد في يد ذي اليد قُضيَ بقيمة العبد على المدعى عليه، ولا يلزم على الكفيل شيءٌ، ولأن إقراره غير حجة على الكفيل إلا إذا اقر الكفيلُ بما أقر به الأصيل[2].

وقال التمرتاشي: لا يصدق ذو اليد في موت العبد، ويحبس هو [٢/ ١٧٤/ ب] والكفيل، فإن طال الحبس ضمنا القيمة، وكذا الوديعة المجحودة.

قوله: (لأن على المولى ردها) أي: على ذي اليد رد نفس العبد على نفس **(يخلفها)** أي: يخلف نفس العبد **(قيمتها)** أي: قيمة نفس العبد؛ لأنه ثبت بالبيّنة أن العبد كان مغصوبًا، والكفالة بالعين المغصوبة توجب رد القيمة عند تعذر رد العين، فتحولت المطالبة عن عين العبد إلى قيمته في حق الأصيل، فكذا في حق الكفيل.

---

(١) انظر: الهداية (٣/ ٩٨)، العناية (٧/ ٢٣٤).

(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٤٨٢).

وَقَدْ الْتَزَمَ الكَفِيلُ ذَلِكَ وَبَعْدَ المَوْتِ تَبْقَى القِيمَةُ وَاجِبَةً عَلَى الأَصِيلِ، فَكَذَا عَلَى الكَفِيلِ، بِخِلَافِ الأَوَّلِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَفَلَ العَبْدُ عَنْ مَوْلَاهُ بِأَمْرِهِ فَعَتَقَ فَأَدَّاهُ أَوْ كَانَ المَوْلَى كَفَلَ عَنْهُ فَأَدَّاهُ بَعْدَ العِتْقِ، لَمْ يَرْجِعْ وَاحِدٌ مِنهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ) وَقَالَ زُفَرُ: يَرْجِعُ، وَمَعْنَى الوَجْهِ الأَوَّلِ: أَنْ لَا يَكُونَ عَلَى العَبْدِ دَيْنٌ حَتَّى تَصِحَّ كَفَالَتُهُ بِالمَالِ عَنِ المَوْلَى إِذَا كَانَ بِأَمْرِهِ، أَمَّا كَفَالَتُهُ عَنْ العَبْدِ فَتَصِحُّ عَلَى كُلِّ حَالٍ . ...

(**بخلاف الأول**) أي: المسألة الأولى؛ لأن محل ما التزمه فات، وهو العبد، فسقط عن العبد تسليم نفسه، فكذا عن كفيله.

قوله: (**عن مولاه بأمره**) قيد بالأمر؛ إذْ كفالة العبد بغير أمر سيده لا تجوز بإجماع[1] الفقهاء إلا عند الشافعي في وجه[2]، وبإذن سيده تجوز، إلا في المأذون المستغرق بالدين، فإن عندنا[3] ومالك[4] لا تجوز كفالته.

قوله: (**الوجه الأول أن له يكون على العبد دين**) هكذا في بعض النِّسخ، وليس بصحيح؛ فإنه ذكر في المبسوط[5] في الموضعين في هذه المسألة: (**ألا يكون على العبد دين**) وهكذا كان مصححًا بخط الثقات، وهو الأصح؛ لأنه لو كان على العبد دين مستغرق لم تصح كفالته لحق الغرماء وإن كان بإذن السيد، أما كفالة المولى عن العبد تصح[6] على كل حال، سواء كانت الكفالة بالنفس أو المال، أو على العبد دين أو لا.

فإن قيل: دين العبد مستحق القضاء من ماليته، وهي ملك مولاه، فأيّ فائدة في هذه الكفالة؟

قلنا: الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة أو بأصل الدين، واستحقاق قضائه من سائر أمواله.

---

(١) انظر: الأصل للشيباني (١٠/ ١٠٤)، والتاج والإكليل لمختصر خليل (٧/ ٣٢)، والحاوي الكبير (٦/ ٤٥٧)، ومسائل الإمام أحمد وإسحاق (٨/ ٤٤٨١).
(٢) انظر: الحاوي لبكير (٦/ ٤٥٧)، وبحر المذهب للروياني (٥/ ٤٩٠).
(٣) انظر: البحر الرائق (٦/ ٢٦٥).
(٤) انظر: المدونة (٤/ ١٢٠).
(٥) المبسوط للسرخسي (٢٠/ ١٢-١٣).
(٦) انظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٩).

لَهُ: أَنَّهُ تَحَقَّقَ المُوجِبُ لِلرُّجُوعِ وَهُوَ الكَفَالَةُ بِأَمْرِهِ وَالمَانِعُ وَهُوَ الرِّقُّ قَدْ زَالَ. وَلَنَا: أَنَّهَا وَقَعَتْ غَيْرَ مُوجِبَةٍ لِلرُّجُوعِ، لِأَنَّ المَوْلَى لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ دَيْنًا، وَكَذَا العَبْدُ عَلَى مَوْلَاهُ، فَلَا تَنْقَلِبُ مُوجِبَةً أَبَدًا كَمَنْ كَفَلَ عَنْ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَأَجَازَهُ.

(وَلَا تَجُوزُ الكَفَالَةُ بِمَالِ الكِتَابَةِ، حُرٌّ تَكَفَّلَ بِهِ أَوْ عَبْدٌ) ....

(له) أي: لزفر[١]، وبقوله قال الشافعي في وجه، وفي وجه كقولنا.

(ولنا: أنها) أي: الكفالة **(وقعت غير موجبة للرجوع)**.

في الفوائد الظهيرية: أن الكفالة وقعت لازمة زمان وجودها، وما وقع لازمًا لا يكون لبقائه حكم الابتداء، أو هذه كفالة غير موجبة زمان وقوعها لعقد المحلية؛ إذِ المولى والعبد كل واحدٍ لا يستوجب على صاحبه دينًا، فلو ثبت الاستيجاب إنما يثبت حالة البقاء، ولا سبيل إليه اعتبارًا بما لو كفل عن إنسان دينه بغير أمره حتى وقعت لازمة، ثم بلغه الخبر فأجاز الكفالة لم يكن له أن يرجع على الأصيل، ومع هذا لم ينعقد موجبه، ولا يرجع فيما نحن فيه؛ لفقد محلية الاستيجاب زمان وقوعها أيضًا، أولى ألا يرجع.

فإن قيل: لو أعتق الراهن المرهون وهو معسر يسعى العبد ويرجع بذلك على المولى، مع أن العبد لا يستوجب على مولاه دينًا هناك.

قلنا: في مسألة الرهن استيجاب الدين على مولاه بعد العتق، فلم يكن فيه تنافٍ زمان استيجاب الدين، فجاز أن يرجع على المولى، أما فيما نحن فيه زمان وجود الكفالة وبين سبب الاستيجاب هو عبد فيكون تنافٍ. كذا ذكره الإمام قاضي خان.

قوله: (ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة) إلى آخره، وبه قال أكثر أهل العلم[٢]، وعن أحمد في رواية: يصحّ[٣]؛ لأنه دين كسائر الديون، والأصح عنده أيضًا أن الكفالة به لا تجوز[٤].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق (٤/ ١٧٠)، والدر المختار (١/ ١٦٠).

(٢) انظر: المحيط البرهاني (٤/ ٩٧)، والمجموع (١٤/ ٥٤)، والبيان في مذهب الإمام الشافعي (٦/ ٣٤٥)، والمغني لابن قدامة (١٠/ ٤٤٩).

(٣) انظر: المغني لابن قدامة (١٠/ ٤٤٩).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (١٠/ ٤٤٩)، والعدة شرح العمدة (١/ ٣٨٢)، والمبدع (٦/ ٤٧).

لِأَنَّهُ دَيْنٌ ثَبَتَ مَعَ المُنَافِي فَلَا يَظْهَرُ فِي حَقِّ صِحَّةِ الكَفَالَةِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ عَجَّزَ نَفْسَهُ سَقَطَ، وَلَا يُمْكِنُ إِثْبَاتُهُ عَلَى هَذَا الوَجْهِ فِي ذِمَّةِ الكَفِيلِ، وَإِثْبَاتُهُ مُطْلَقًا يُنَافِي مَعْنَى الضَّمِّ، لِأَنَّ مِن شَرْطِهِ الِاتِّحَادُ، ....

وفي النهاية: التخصيص بمال الكتابة غير مقيد، فإنه كما لا تجوز الكفالة بمال الكتابة عن المكاتب للمولى لا يجوز بدين آخر للمولى سوى بدل الكتابة على المكاتب، ذكره في المبسوط[١]؛ لأن المكاتب إذا عجز نفسه يسقط عنه بدل الكتابة، وتسقط عنه أيضًا سائر ديون مولاه، فكان الفساد فيه ما هو الفساد في بدل الكتابة، فلا تجوز الكفالة بها أيضًا.

أما لو كان للمكاتب دين على مولاه، ولو لم يكن ذلك الدين من جنس الكفالة، فكفل به رجل للمكاتب عن المولى صح؛ لأن الأصل مطلوبٌ بهذا المال مطلقًا، فتصح الكفالة، أما العبدُ التاجر إذا ادَّان مولاه دينًا، ولا دين على العبد، وأخذ منه كفيلًا بذلك فالكفالة باطلة؛ لأن العبد لا يستوجب على المولى دينًا[٢]، وإن كان العبد مديونًا صحت الكفالة به؛ لأن كسبه حق الغرماء، فكان الدين واجبًا في ذمته كما في ذمة غيره، فصحّت الكفالة.

والكفالة بالنفس مثل ذلك، فإن كان العبد لا دين عليه لا تصح، وإن كان عليه دين تصح.

قوله: **(لأنه)** [أي][٣]: عقد الكتابة، أو بدل الكتابة **(دين يثبت مع المنافي)** وهو الرق، فإن المولى لا يستوجب على عبده دينًا، والمكاتبُ عبدٌ ما بقي عليه درهم **(فلا يظهر)** أي: دين بدل الكتابة **(ولا يمكن إثباته)** أي: إثبات دين الكتابة **(على هذا الوجه في ذمة الكفيل)** وهو سقوطه عند عجزه.

وفي المبسوط[٤]: لو أثبتناه [٢/ ١٧٥/ أ] مطلقًا على الكفيل كما أوجبناه في ذمة الكفيل أكثر ممَّا هو واجب في ذمة الأصيل، وذا لا يجوز؛ إذْ يجب على الكفيل بالصفة التي تجبُ على الأصيل؛ تحقيقًا لمعنى الضم.

(لأن من شرطه) أي: شرط الضم **(الاتحاد)** والمطلق غير المقيد.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٠/ ١٩).
(٢) المبسوط للسرخسي (٢٠/ ١٩).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) المبسوط للسرخسي (٢٠/ ١٩).

وَبَدَلُ السِّعَايَةِ كَمَالِ الكِتَابَةِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، لِأَنَّهُ كَالمُكَاتَبِ عِنْدَهُ.

قوله: (وبدل السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة)[١] فلا تجوز[٢] الكفالة به للمولى **(لأنه)** أي: المستسعى **(كالمكاتب عنده)** فكان ثبوتُه مع المنافي، أما بالنظر إلى التعجيز له الثابتة، وهي التعجيز ـ ينبغي أن يجوز عنده؛ لما أن التعجيز لا يرد في المستسعى، وعندهما يصح[٣]؛ لأنه حر مديون عندهما، والله أعلم.

كمل السفر الثاني من معراج الدراية في شرح الهداية.

يتلوه في السفر الثالث كتاب الحوالة، وصلواته على أشرف الخلق سيدنا محمد وآله وصحبه وسلامه.

---

(١) انظر: الجوهرة النيرة على مختصر القدوري (٢/ ٩٩)، وبدائع الصنائع (٢/ ٦).
(٢) انظر: مجمع الأنهر (٢/ ١٣٦).
(٣) انظر: الأصل للشيباني (١٠/ ٤١٦)، وبدائع الصنائع (٦/ ٩).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الحَوَالَةِ

قَالَ: (وَهِيَ جَائِزَةٌ بِالدُّيُونِ) قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ أُحِيلَ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ» وَلِأَنَّهُ التَزَمَ مَا يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ فَتَصِحُّ كَالكَفَالَةِ، وَإِنَّمَا اخْتَصَّتْ بِالدُّيُونِ، لِأَنَّهَا تُنْبِئُ عَنْ النَّقْلِ وَالتَّحْوِيلِ، وَالتَّحْوِيلُ فِي الدَّيْنِ لَا فِي العَيْنِ.

كِتَابُ الْحَوَالَةِ

المناسبة بين الحوالة والكفالة ظاهرة؛ لما في كل منهما التزام ما على الأصيل؛ ولهذا يجوز استعارة أحدهما للآخر، وأخَّر الحوالة لتضمنها براءة الأصيل، والبراءة تقفو الالتزام، فكذلك ما تضمنها.

الحوالة لغة: النقل، وهي اسمٌ من الإحالة.

وفي المغرب(١): أصل تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل، ومنه التحويل، وهو نقل الشيء من محل إلى محل، يقال: أحلت زيدًا بماله على رجل فاحتال؛ أي: قبل، فأنا محيل، وزيد محال ومحتال، والمال محال به، والرجل محال عليه ومحتال عليه، وتقدير المحتال في الفاعل: (مُحْتَوِل) بكسر الواو، وفي المفعول: بالفتح، وقولهم للمُحتَال: المُحتَال له لغو؛ لأنه لا حاجة إلى هذه الصلة، ويقال للمحتال: حويل.

وهي في الشريعة: نقل الدَّين من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه(٢)، وهي جائزة بالديون، قال ﷺ: «**مَنْ أُحِيلَ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ**»، متفق عليه(٣).

[عن أبي هريرة أنه ﷺ قال: «**مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا اتْبَعَ أَحَدُكُمْ عَلَى**

---

(١) انظر: المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (١/ ١٣٤).
(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٦١)، العناية شرح الهداية (٧/ ٢٣٨).
(٣) أخرجه البخاري (٣/ ٩٤ رقم ٢٢٨٧) ومسلم (٣/ ١١٩٧ رقم ١٥٦٤) من حديث أبي هريرة ﷺ.

قَالَ: (**وَتَصِحُّ الحَوَالَةُ بِرِضَا المُحِيلِ وَالمُحْتَالِ وَالمُحْتَالِ عَلَيْهِ**) أَمَّا المُحْتَالُ: فَلِأَنَّ الدَّيْنَ حَقُّهُ ....

مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ»][1]، ويُروى: «**إِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَحْتَلْ**»[2] وهو معنى اللفظ الأول.

وفي الصحاح[3]: يقال: اتبع فلان لفلان إذا أحيل له عليه.

والرواية المشهورة: «**وإِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ**» بالواو، ويروى: «**فإذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ**» بالفاء، فعلى التقدير الأول، وهو معنى قوله: «**مَطْلُ الغنى ظُلمٌ**» جملتان لا تعلق للثانية بالأولى، كقوله عليه الصلاة والسلام: «**العَارِيَةُ مَرْدُودَةٌ، والزَّعِيمُ غارِم**»[4]، وعلى الثاني يجوز أن يكون في الترتيب إذا كان مطل الغني ظلمًا من الغني، فإذا أحيل بدينه عليه؛ فإنه يحترز عن الظلم ولا يمطل، ثم الأمر في قوله: «**فَلْيَتبعْ**» أو «**فَلْيَحتلْ**» أمر استحباب عند أكثر أهل العلم، وعند أحمد للوجوب.

وأجمع[5] أهل العلم على جواز الحوالة، ولأنه التزام ما يقدرُ على تسليمه، فيصح دفعًا للحاجة.

وخصّت بالديون؛ لأنها تبنى عن النقل، والنقل في الدين لا في العين؛ لأن هذا نقل شرعي، والدَّين وصف شرعي يظهر أثره عند المطالبة، فجاز أن يؤثر النقل الشرعي في الثابت شرعًا، وأمَّا العين فحسي، فلا ينتقل بالنقل الشرعي؛ بل يحتاج إلى النقل الحسي[6].

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) أخرجه أحمد (٢/ ٤٦٣ رقم ٩٩٧٤) والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٤٥ رقم ١١٧٢٢).
(٣) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للفارابي (٣/ ١١٩٠).
(٤) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦ رقم ٣٥٦٥)، والترمذي (٢/ ٥٥٦ رقم ١٢٦٥)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٤ رقم ٢٤٠٥) من حديث أبي أمامة الباهلي ﵁.
وحسنه الترمذي، وقال ابن حجر: حسنه الترمذي، وصححه ابن حبان. فتح الباري (٥/ ٢٤١)، وحسنه ابن الملقن في البدر المنير (٦/ ٧٠٧).
(٥) انظر: الإقناع لابن المنذر (٢/ ٥٥٧)، ومراتب الإجماع لابن حزم (ص ٦٢).
(٦) انظر: ينظر العناية شرح الهداية (٧/ ٢٣٩)، فتح القدير للكمال بن الهمام (٧/ ٢٣٩).

وَهُوَ الَّذِي يَنْتَقِلُ بِهَا وَالذِّمَمُ مُتَفَاوِتَةٌ فَلَا بُدَّ مِن رِضَاهُ، وَأَمَّا الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ فَلِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ الدَّيْنُ وَلَا لُزُومَ بِدُونِ الْتِزَامِهِ، وَأَمَّا الْمُحِيلُ: فَالحَوَالَةُ تَصِحُّ بِدُونِ رِضَاهُ: ذَكَرَهُ فِي الزِّيَادَاتِ، لِأَنَّ الْتِزَامَ الدَّيْنِ مِن الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَهُوَ لَا يَتَضَرَّرُ بِهِ بَلْ فِيهِ نَفْعُهُ، لِأَنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ بِأَمْرِهِ.

قوله: (وهو الذي) أي: الدين الذي **(ينتقل بها)** فلا بدَّ من رضاه، ولا خلاف في اشتراط رضاه لأهل العلم، وأمَّا المحتال عليه فرضاه شرط عندنا[١]، وبه قال الشافعي[٢] في وجه، وقيل: إنه منصوص في الأم، وأصحهما عنده أنه لا حاجة إلى رضاه إذا كان عليه دين للمُحيل، وبه قال مالك[٣] وأحمد[٤]؛ لأنه محل التصرف فلا يشترط رضاه، كما لو باع عبدًا لا يشترط رضا العبد، ولأن الحق للمحيل عليه فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره، كما لو وكل في الاستيفاء، أما اذا لم يكن للمحيل عليه دين فيشترط رضاه بالإجماع؛ لأنه التزام حق عليه، فلا يصحُّ بدون قبوله[٥].

قوله: (وأمَّا المُحيل) أي: المديون (فلا يشترط رضاه عندنا) لأنه التزام دين من المحتال عليه إلى آخر ما ذكر في المتن **(ذكره في الزيادات)**.

وفي الأوضح: لعل موضوع المذكور هاهنا إذا كان للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة، فإن قبول الحوالة حينئذٍ يكون إسقاطًا؛ لمطالبة المحيل عن نفسه، فلا يصح إلا برضاه. كذا في الخبازية.

وقالت الأئمة الثلاثة: شرط؛ لأن له إبقاء الحق من حيث شاء، فلا تعين عليه بعض الجهات قهرًا، وما نقل ابن قدامة الحنبلي في المغني[٦]: أن رضا

---

(١) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (٦/ ١٦)، درر الحكام شرح غرر الأحكام لملا خسرو (٢/ ٣٠٨).

(٢) انظر: الحاوي الكبير للماوردي (٦/ ٤١٨)، وروضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي (٤/ ٢٢٨).

(٣) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (٤/ ٨٣)، والذخيرة للقرافي (٩/ ٢٣٤).

(٤) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد لابن قدامة (٢/ ١٢٥)، والشرح الكبير على متن المقنع لشمس الدين ابن قدامة (٥/ ٦١).

(٥) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي (٧/ ٢٣٩)، والبناية شرح الهداية (٨/ ٤٨٦).

(٦) المغني لابن قدامة (٤/ ٣٩٠).

قَالَ: (وَإِذَا تَمَّتْ الحَوَالَةُ بَرِئَ المُحِيلُ مِن الدَّيْنِ بِالقَبُولِ) وَقَالَ زُفَرُ: لَا يَبْرَأُ

المُحيل شرطٌ بلا خلاف فليس بصحيح؛ إذْ عندنا ليس بشرط لصحتها، ولو اشترط رضا المحيل إنما يشترط لفائدة الرجوع عليه بأمره.

قوله: (وإذا تمت الحوالة) هذا بيان حكمها، برئت ذمة المحيل عند عامة الفقهاء(١)، وعن الحسن أنه لا يرى الحوالة براءة إلا أن ينويه، وقال زفر: لا يبرأ، وقال ابن أبي ليلى: الكفالة توجب براءة الأصيل أيضًا على ضد قول زفر، ثم اختلف مشايخنا في ذمة المحيل: من الدين أم من المطالبة دون الدين؟

قيل: عن [٢/ ١٧٦/ب] المطالبة دون الدين، استدل بما ذكر محمد أن المحتال له لو أبرأ المحتال عليه يصح، ولا يرتد برده، كإبراء الكفيل، فلو انتقل أصل الدين إلى ذمته وجب أن يرتد برده، كما لو أبرأ المحيل قبل الحوالة، والأصل في الكفالة؛ لأن الإبراء حينئذٍ تمليك الدين ممن عليه الدين، والتمليك يرتد بالرد، وبما ذكر أن المحيل، وهو المديون، إذا نقد مال المحتال له يجبر المحتال له على القبول، فلو انتقل أصل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعًا في نقده كأجنبي، والأجنبي إذا تبرع بقضاء الدين لا يجبر رب الدين على القبول.

وبما ذكر أن المحتال إذا وكل المحيل بقبض مال الحوالة عن المحتال عليه ـ لا يصح، فلو انتقل الدَّين بالحوالة يصير المحيل أجنبيًّا، وتوكيل الأجنبي بقبض الدين صحيح، وبما ذكر أن المحتال إذا أبرأ المحتال عليه يرجع بذلك على المحيل، ولو وهب من المحتال عليه يرجع بذلك على المحيل كما في الكفيل، ولو كان الدين يتحول إلى ذمته كان الإبراء والهِبة في حقه.

وقيل: الحوالة توجب بَراءة ذمة المُحيل من الدَّين والمطالبة جميعًا، واستدل بما ذكر محمد أن المحتال له إذا وهب الدين من المُحيل، أو أبرأه من الدَّين بعد الحوالة ـ لا تصح هبته وإبراؤه، ولو بقي الدين في ذمته وجب أن تصح، ولو أبرأ المحتال عليه من الدين أو وهبَهُ يصح، وهذا يقتضي التحويل.

---

(١) انظر: المدونة للإمام مالك (٤/ ١٢٧)، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ الدردير (٣/ ٣٢٦)، والأم للإمام الشافعي (٣/ ٢٣٣)، والحاوي الكبير (٦/ ٤٢٠)، والكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١٢٥)، والشرح الكبير على متن المقنع (٥/ ٥٥).

اعْتِبَارًا بِالكَفَالَةِ، إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا عَقْدُ تَوَثُّقٍ، وَلَنَا: أَنَّ الحَوَالَةَ لِلنَّقْلِ لُغَةً، وَمِنهُ حَوَالَةُ الغِرَاسِ، وَالدَّيْنُ مَتَى انْتَقَلَ عَنْ الذِّمَّةِ لَا يَبْقَى فِيهَا.

قال مشايخنا: هو الصحيح؛ لأنه تصرف في التحويل، وذكر شيخ الإسلام هذا الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد؛ فقال أبو يوسف: يوجب تحويل الدين والمطالبة، وعند محمد يوجب تحويل المطالبة لا الدين.

وفائدة الخلاف في مسألتين:

إحداهما: أن الراهن إذا أحال المُرتهن بعد الرهن بالدين على غيره، هل يسترد الرهن؟

عند أبي يوسف: يسترد، كما لو أبرأه، وعند محمد[1]: لا يسترد، كما لو أجَّل الدين بعد الرهن.

والثانية: إذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة ـ لا يصح عند أبي يوسف؛ لأنه برئ بالحوالة، وعند محمد: يصح، ويبرأ المحيل؛ لأن أصل الدين باقٍ في ذمته بعد الحوالة، وتحول المطالبة لا غير. كذا ذكر المحبوبي والتمرتاشي.

وفي الذخيرة[2] بعد ذكر هذا الاختلاف قال: وبعض مشايخنا أنكر هذا الخلاف، وقال: لم ينقل عن محمد نص بنقل المطالبة دون الدين، إلا أن محمدًا ذكر أحكامًا متشابهة، واعتبر الحوالة في بعضها تأجيلًا، وجعل للمحول بها المطالبة دون الدين، واعتبرها في بعض الأحكام إبراء، وجعل بها المطالبة والدين؛ إذِ الحوالة منبئة عن النقل، وقد أضيفت إلى الدين، واعتبار المعنى يوجب تحويل المطالبة؛ لأن الحوالة تأجيل معنى؛ ألا ترى أنه إذا مات المحتال عليه مفلسًا يعود إلى ذمة المحيل، وهذا هو معنى التأجيل، فاعتبر الحقيقة في الأحكام، واعتبر المعنى في بعض الأحكام.

قوله: (**إذْ كل واحدٍ منهما**) أي: من الحوالة والكفالة (**عقد توثق**) بحق المطالبة، وذلك في أن يزداد له المطالبة.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٧١).

(٢) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٧/ ٤١١).

أَمَّا الكَفَالَةُ: فَلِلضَّمِّ وَالأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ عَلَى وِفَاقِ المَعَانِي اللُّغَوِيَّةِ وَالتَّوَثُّقِ بِاخْتِيَارِ الأَمْلَأ وَالأَحْسَنِ فِي القَضَاءِ، وَإِنَّمَا يُجْبَرُ عَلَى القَبُولِ إِذَا نَقَدَ المُحِيلُ، لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ عَوْدُ المُطَالَبَةِ إِلَيْهِ بِالتَّوَى، فَلَمْ يَكُنْ مُتَبَرِّعًا.

قَالَ: (وَلَا يَرْجِعُ المُحْتَالُ عَلَى المُحِيلِ إِلَّا أَنْ يَتْوَى حَقُّهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله: لَا يَرْجِعُ وَإِنْ تَوِيَ، ....

وقلنا: الحوالة للنقل لغة، والكفالة للضم لغة، واختصاص كل باسم لاختصاصه بموجب هو معنى ذلك الاسم، كالصرف لبيع الأثمان؛ لأن فيه صرف ما في يد كل واحدٍ إلى صاحبه بالقبض، والسَّلم لبيع الآجل بالعاجل؛ إذْ فيه تعجيل أحد البدلين في المجلس، فكذا هاهنا التحويل يوجب النقل لغة، والكفالة توجب الضم، والتحويل يوجب البراءة، والكفالة توجب ضم الذمة إلى الذمة لا البراءة، فتثبت أحكام العقود على وفاق معنى اللفظ. كذا في المبسوط[١] والإيضاح.

ولا يقال: الحوالة بغير أمر المحيل تصح، ولا يتحقق النقل فيه.

لأنا نقول: معنى النقل يتحقق فيه بعد أداء المحتال عليه، حتى لا يبقى على المحيل شيء، أو هو حوالة مجازًا، كما أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة مجازًا.

قوله: (والتوثق) إلى آخره: جواب عن قول زُفر؛ يعني: التوثق **(باختيار الأملأ)** والمليء: المقتدر **(والأحسن في القضاء)** بأن يعطي بأجود ولا يماطل.

وقوله: (وإنما يجبر): جواب عن سؤال مقدَّر، وهو أن في الحوالة لو كان نقل الدين لما أجبر الطالب المحيل؛ لأنه متبرع في أدائه، كما استدل به بعض المشايخ على عدم تحويل الدين فيها على قول محمد، فقال في جوابه: إنما يجبر بكذا[٢].

قوله: (وقال الشافعيُّ[٣]: لا يرجع وإن توي) بموت أو بإفلاس أو بغير

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٦٠، ١٦٢).
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٤٨٨)، وفتح القدير (٧/ ٢٤٣).
(٣) انظر: الأم للشافعي (٣/ ٢٣٣)، وعمدة المفتين (٤/ ٢٣٢).

لِأَنَّ الْبَرَاءَةَ حَصَلَتْ مُطْلَقَةً فَلَا تَعُودُ إِلَّا بِسَبَبٍ جَدِيدٍ. وَلَنَا: أَنَّهَا مُقَيَّدَةٌ بِسَلَامَةِ حَقِّهِ لَهُ، إِذْ هُوَ الْمَقْصُودُ، أَوْ تَنْفَسِخُ الْحَوَالَةُ لِفَوَاتِهِ، ....

ذلك، وبه قال أحمد[(١)] والليث وأبو عبيد وابن المنذر، وعن أحمد[(٢)]: إذا [كان][(٣)] المحال عليه مفلسًا، ولم يعلم الطالب بذلك ـ فله الرجوع، إلا أن يرضى بعد العلم، وبه قال مالك[(٤)]؛ لأن الإفلاس [٢/ ١٧٧/أ] في المحال عليه عيبٌ، فكان له الرجوع، كما لو اشترى سلعة فوجدها معيبة، ولأن المحيل غرَّه فكان له الرجوع، كما لو دلس المبيع.

قوله: (لأن البراءة) أي: للمحيل **(حصلت)** بالحوالة من الدين؛ لنقله إلى ذمة المحال عليه فلا يعود، كما لو أبرأه من الدَّين.

يُؤيده ما رُوي عن ابن المسيب أن له كان على عليّ دين فأحاله به على آخر، فمات المحتال عليه، فقال ابن المسيب: اخترت عليًّا، فقال: أبعدك الله، فأبعده بمجرد احتياله، ولم يخبره أن له الرجوع.

(ولنا أنها) أي: البراءة **(مقيدة بشرط السلامة)** معنى، وإن كانت مطلقة لفظًا بدلالة الحال؛ لأن المقصود من شرع الحوالة: التوصل إلى استيفاء الحق من المحل الثاني لا نفس الوجوب؛ لأن الذمم لا تختلف في الوجوب، وإنما تختلف في حق الإيفاء، فصارت السلامة من المحيل الثاني كالمشروط في العقد الأول؛ لما أنها المطلوب، فإذا لم يحصل المشروط عاد حقه في الأصل كما كان[(٥)].

يؤيده ما روي عن عثمان مرفوعًا وموقوفًا في المحتال عليه إذا مات مفلسًا قال: يعود الدين إلى ذمة المحيل، وقال: لا توى على مال امرئ مسلم.

قوله: (أو تنفسخ الحوالة لفواته) أي: لفوات المقصود، وهو وصول الحق

---

(١) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١٢٥)، والمغني (٤/ ٣٩٣).
(٢) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١٢٥)، والمغني (٤/ ٣٩٣).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) انظر: المدونة (٤/ ١٢٦، ١٢٧)، وبداية المجتهد (٤/ ٨٤).
(٥) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٢٤٤)، وفتح القدير (٧/ ٢٤٤).

....

إلى الطالب، أو البراءة حصلت بطريق الانتقال، فإذا لم يسلم له انتقل إليه؛ لأنه عقد توثق فيليق بحالة إحكام الحق لا إبطاله، فصار كوصف السلامة في المبيع، بأن اشترى شيئًا بالدين وهلك قبل القبض فإن حقه يعود في الدين كما كان، فكذا هنا.

والجامع أنها سبب يحتمل الفَسخ، حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت، كما أن ذلك السبب يحتمل الفسخ.

فإن قيل: الطالب مخيرٌ بين قبول الحوالة وبين عدم قبوله، فإذا اختار أحدهما تعيَّن ذلك عليه ولا يعود إلى محل آخر، كالغاصب مع غاصب الغاصب إذا اختار المالك تضمين أحدهما ثم توي ما عليه لا يرجع على الآخر بشيءٍ.

وكالمولى إذا أعتق عبده المديون فاختار الغرماء استسعاء العبد ثم توي ذلك عليه لم يرجعوا على المولى بشيءٍ من الضمان؛ لما قلنا: ما في ذمة المحتال عليه ليس بعوض عما في ذمة المحيل؛ لأن تبديل الدين بالدين لا يجوز؛ بل ما في ذمة المحتال عليه خلفٌ عما في ذمة المحيل.

كما في حوالة الغراس المكان الثاني خلف المكان الأول، والثابت في المكان الثاني عين ما كان في المكان الأول، فإذا كان الطريق هكذا كان رضا الطالب بهذه الخلافة على قصد التوثق بحقه، فيكون رضاه بشرط السلامة له ما في ذمة المحال، فإذا لم يسلم له فقد انعدم رضاه، فيعود المال إلى المحل الأول.

كما لو اشترى عينًا به فهلك المبيع قبل القبض؛ فالمحل الذي هو خلفٌ عن ذمة المحيل ليس في يد الطالب، فلم يصر قابضًا لحقه، وما لم يصر قابضًا لم يكن في ضمانه، بخلاف الغاصب مع الغاصب[١]، والمولى مع العبد؛ فإن إحدى الذمتين هناك ليس بخلف عن الأخرى؛ بل المالك مخير ابتداء، فإذا اختار أحدهما تعيَّن ذلك عليه. إليه أشار في المبسوط[٢].

[وأما حديث علي لا يدل على عدم العود، بل هو ساكت، وحديث عثمان

---

(١) كذا في الأصول الخطية، ولعلها: (الغاصب مع غاصب الغاصب) لأن في المبسوط: (كالغاصب الأول مع الثاني).

(٢) المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٤٧).

لِأَنَّهُ قَابِلٌ لِلْفَسْخِ فَصَارَ كَوَصْفِ السَّلَامَةِ فِي المَبِيعِ. قَالَ: (وَالتَّوَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَحَدُ الأَمْرَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَجْحَدَ الحَوَالَةَ وَيَحْلِفَ وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ عَلَيْهِ، أَوْ يَمُوتَ مُفْلِسًا) لِأَنَّ العَجْزَ عَنْ الوُصُولِ يَتَحَقَّقُ بِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنهُمَا وَهُوَ التَّوَى فِي الحَقِيقَةِ (وَقَالَا: هَذَانِ الوَجْهَانِ. وَوَجْهٌ ثَالِثٌ: وَهُوَ أَنْ يَحْكُمَ الحَاكِمُ بِإِفْلَاسِهِ حَالَ حَيَاتِهِ) وَهَذَا بِنَاءً عَلَى أَنَّ الإِفْلَاسَ لَا يَتَحَقَّقُ بِحُكْمِ القَاضِي عِنْدَهُ خِلَافًا لَهُمَا، لِأَنَّ مَالَ اللَّهِ غَادٍ وَرَائِحٌ.

صريح فيعمل به، إذ لا معارضة حينئذ بينهما؛ إذ قوله: أبعدك الله لا يدل على الرجوع إلا على عدمه][1].

قوله: (**ولا بينة له**) أي: للطالب (**عليه**) أي: على المحتال بقبول الحوالة.

وقال التمرتاشي: لا بينة للطالب ولا للمحيل.

(**أو يموت مفلسًا**) أي: المحتال عليه يموت ولم يترك مالًا ولا دينًا ولا كفيلًا، ولو قال الطالب: مات مفلسًا، وقال المحيل بخلافه، فقال في الشافي والمبسوط[2]: القول للطالب مع اليمين على العلم؛ لأنه متمسك بالأصل وهو العسرة، ولأنه بالحوالة لم يدخل في ملك المحتال عليه مال، ولو كان حيًّا فزعم أنه مفلس؛ فالقول قوله فكذلك بعد موته.

وفي شرح الناصح: القول للمحيل مع اليمين على العلم؛ لإنكاره عود الدين.

قوله: (خلافًا لأبي يوسف ومحمد) فإنه يتحقق بحكم القاضي عندهما، وبه قالت الأئمة[3] الثلاثة، حتى يعتبر في حق إخراجه من السجن، فكذا في حق غيره (**لأن مال الله غاد ورائح**). هذا دليل أبي حنيفة.

في المبسوط[4]: قد يصبح الرجل فقيرًا ويمسي غنيًّا، بإن مات قريب له وترك مالًا كثيرًا ميراثًا له ولا يعلم به.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسرخسي (٢٠/٤٦).
(٣) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (٦/٤١٩)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٤/١٢٧)، المغني (١٠/٤٢)، الشرح الكبير على متن المقنع (١١/٤٠٩).
(٤) المبسوط للسرخسي (٢٠/٤٨).

قَالَ: (وَإِذَا طَالَبَ الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ الْمُحِيلَ بِمِثْلِ مَالِ الحَوَالَةِ، فَقَالَ الْمُحِيلُ: أَحَلْتُ بِدَيْنٍ لِي عَلَيْك لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ إلا بحُجَّةٍ، وَكَانَ عَلَيْهِ مِثْلُ الدَّيْنِ) لِأَنَّ سَبَبَ الرُّجُوعِ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ قَضَاءُ دَيْنِهِ بِأَمْرِهِ، إِلَّا أَنَّ الْمُحِيلَ يَدَّعِي عَلَيْهِ دَيْنًا وَهُوَ يُنْكِرُ، وَالقَوْلُ لِلْمُنْكِرِ، وَلَا تَكُونُ الحَوَالَةُ إِقْرَارًا مِنهُ بِالدَّيْنِ عَلَيْهِ، لِأَنَّهَا قَدْ تَكُونُ بِدُونِهِ.

وفي الطلبة: يقال: أفلس، أي: صار ذا فلس بعد أن كان دراهم ودينارًا[(١)]، فاستعمل مكان افتقر، وفلَّسه القاضي، أي: قضى بإفلاسه حين ظهر له حاله.

يقال: راح وغدا، أي: جاء غدوة وذهب رواحًا؛ أي: بعد الزوال.

قوله: (لم يقبل قوله) أي: قول المحيل **(وكان عليه)** أي: على المحيل **(مثل الدين)** الذي أدَّاه المحتال عليه إلى الطالب.

[٢/ ١٧٧/ ب] ولا يقال: قبول الحوالة من المحتال عليه إقرار بالدَّين عليه.

لأنا نقول: ليس من ضرورة قبول الحوالة الإقرارُ بالدَّين؛ لأن الحوالة قد تكون مقيدة بما عليه، وقد تكون مطلقة، وحقيقة الحوالة هي المطلقة، أما المقيدة من وجه توكيل بالأداء والقبض، فلما لم توجد دلالة الإقرار من المحتال عليه بوجوب المال، وهو منكر لوجوبه فكان القول له. كذا في المبسوط[(٢)].

قوله: (قضاء دينه) أي: دين المحيل **(بأمره)** أي: بأمر المحيل **(إلا أن المحيل يدَّعي دينًا عليه)** أي: على المحتال عليه[(٣)].

قوله: (أن المحتال) أي: الطالب **(يدَّعي عليه)** أي: على المحيل **(دينًا، وهو ينكر)** فالقول له لأن الفراغ أصل في الذمم، والمحيل متمسك بالأصل، والطالب يدَّعي العارض، فكان اعتبار الأصل أولى[(٤)]، وبه قال الشافعي[(٥)] في

---

(١) كذا بالأصول الخطية، وفي العناية شرح الهداية (٧/ ٢٤٦): (يُقَالُ أَفْلَسَ الرَّجُلُ إِذَا صَارَ ذَا فَلْسٍ بَعْدَ أَنْ كَانَ ذَا دِرْهَمٍ وَدِينَارٍ).
(٢) المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٥٣).
(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٨/ ٤٩٠)، وفتح القدير (٧/ ٢٤٦).
(٤) انظر: المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٥٣)، وفتح القدير (٧/ ٢٤٦).
(٥) انظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٢٦)، وأسنى المطالب في شرح روض الطالب (٢/ ٢٣٤).

قَالَ: (وَإِذَا طَالَبَ المُحِيلُ المُحْتَالَ بِمَا أَحَالَهُ بِهِ فَقَالَ: إِنَّمَا أَحَلْتُك لِتَقْبِضَهُ لِي، وَقَالَ المُحْتَالُ: لَا بَلْ أَحَلْتنِي بِدَيْنٍ كَانَ لِي عَلَيْك، فَالقَوْلُ قَوْلُ المُحِيلِ) لِأَنَّ المُحْتَالَ يَدَّعِي عَلَيْهِ الدَّيْنَ وَهُوَ يُنْكِرُ، وَلَفْظَةُ الحَوَالَةِ مُسْتَعْمَلَةٌ فِي الوَكَالَةِ فَيَكُونُ القَوْلُ قَوْلَهُ مَعَ يَمِينِهِ.

وجه، وقال في وجه: القول للطالب؛ لأن الحوالة تكون في الدَّين ظاهرًا، وما قاله المحيل وكالة، فكان خلاف ظاهر الحوالة، وبه قال أحمد[١].

وقوله: **(ولفظة الحوالة مستعملة)** إلى آخره: جواب مقدَّر[٢]، وهو أن يقال: ينبغي أن يكون القول للطالب؛ لأن المحيل لما قال: أحلتك، فقد أقرّ بالحوالة؛ إذِ الحوالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة، فقال في جوابه: نعم كذلك، إلا أن الحوالة تستعمل في الكفالة مجازًا؛ لأن في الكفالة نقل التصرف من الموكل إلى الوكيل؛ ولهذا قال محمد[٣]: إذا صار مال المضاربة دينًا على الناس، ولم يكن فيه ربح، وامتنع المضارب عن التقاضي يقال له: أحل رب المال على الغرماء؛ أي: وكِّله، ويستعمل في نقل الديون، فلم يكن حُجّة للمحتال على أن المحيل صار معترفًا بالدَّين؛ بل لما كان محتملًا؛ كان القول قول من اتهمه مع يمينه، وقيل: المجاز لا يعارض الحقيقة، فاحتمال المجاز لا يخرجه عن إرادة الحقيقة.

أجيب: هذا مجاز متعارف، فيمكن أن يخرجه عن إرادة الحقيقة، ولو لم يخرجه كان محتملًا فلا يدل على الإقرار.

قال شمس الأئمة[٤]: وتحتمل المسألة معنى آخر، وهو أن المحتال له إذا استوفى الألف وقد كان المحيل باع متاعًا من المحتال عليه بهذا الألف، فيقول المحتال له: كان المتاع ملكي، وكنت وكيلًا في بيعه من جهتي، والمقبوض مالي، ويقول المحيل: كان المتاع ملكي، وإنما بعته لنفسي؛ فالقول للمُحيل حينئذٍ؛ لأن أصل المنازعة بينهما وقع في ذلك المتاع، واليد كان للمُحيل، ثم كل متصرفٍ عامل لنفسه حتى يقوم الدليل على كونه عاملًا لغيره، والثمن إنما

---

(١) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١٢٦)، المغني (٤/ ٣٩٨).
(٢) كذا بالأصول الخطية، ولعل صوابها: (جواب سؤال مقدر).
(٣) المبسوط للسرخسي (٢٢/ ٧٠).
(٤) انظر: المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٥٧).

قَالَ: (وَمَنْ أَوْدَعَ رَجُلًا أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَأَحَالَ بِهَا عَلَيْهِ آخَرَ فَهُوَ جَائِزٌ، لِأَنَّهُ أَقْدَرُ عَلَى الْقَضَاءِ، فَإِنْ هَلَكَتْ بَرِئَ) لِتَقَيُّدِهَا بِهَا، ....

وجب بالبيع، والمحيل هو الذي باشرَهُ، فيكون الثمن واجبًا في الظاهر؛ فلذلك كان القول قوله.

قوله: (لأنه أقدر على القضاء) أي: المودع، وهو المحتال عليه أقدرُ على قضاء مال الحوالة من الوديعة؛ لأن الأداء هاهنا يتحقق من عين مال المحيل، أمَّا إذا كان المحتال به دينًا فلا يمكن الأداء من حق المحيل، فلما جازت الحوالة في الدين ـ ففي العين أجوز؛ لأن القضاء منه أيسر لهذا، أو لأن الوديعة حاصلة معينة لا تحتاج إلى الكسب، وأما الدين فيحتاج فيه إلى الكسب، فلما جاز في الدين مع تعسره ـ ففي العين أجوز؛ لتيسر الأداء منها بلا كسب[١].

قوله: (فإن هلكت) أي: ألف الوديعة **(برئ)** أي: المودع، وهو المحتال عليه أيضًا **(لتقيدها)** أي: لتقيد الحوالة **(بها)** أي: بألف الوديعة، فيبطل بهلاكها، كالزكاة المتعلقة بنصاب معين تسقط بهلاك ذلك النصاب المعين، بخلاف ما إذا كانت الحوالة مقيدة بالمال المغصوب المعين، حيث لا تبطل بهلاكه؛ بل تبقى الحوالة متعلقة بمثله أو بقيمته؛ لفوات المغصوب إلى خُلفٍ، وهو المثل أو القيمة؛ إذْ هلاك المغصوب في يد الغاصب يوجب المثل أو القيمة، فصار كلا فوات، أو لقيام المحتال في أخذ المثل أو القيمة مقام المحيل، أما هلاك الوديعة يبطل حق المحيل؛ لأن هلاكها لا يوجبُ شيئًا[٢].

وفي الكافي: الأصل أن الحوالة نوعان:

مقيّدة بدين على المحتال عليه، أو بعين في يده بغصب أو وديعة، أو غير ذلك.

ومطَلقة، وهو ألا يقيدها المحيل بالدين الذي على المحتال عليه، ولا بالعين الذي في يده، أو يحيله على رجل ليس عليه دين ولا في يده عين، فالحوالة المقيدة ـ كما تبطل بموت المحتال عليه مفلسًا ـ تبطل بفوات ما قيد به

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٢٤٨)، وفتح القدير (٧/ ٢٤٧).

(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٢٤٨)، والبناية شرح الهداية (٨/ ٤٩١).

....

الحوالة، إذا كان الفوات لا إلى خُلف، فلا تبطل الحوالة؛ لأن الحوالة إلى خُلف بلا فوات.

فالحوالة المقيدة على نوعين:

مقيدة [٢/١٧٨/أ] بدين على المحتال عليه، ومقيدة بعين.

والمطلقة على نوعين أيضًا: إما مطَلقة مؤجّلة، وحالّة.

فالحالّة: أن يحيل الطالب على رجل بألف، ويكون الألف المحتال على المحتال عليه حالّة إذا كانت على المحيل حالّة؛ لأن الحوالة لتحويل الدَّين فيتحول بالصفة التي على الأصيل.

والمطَلقة المؤجّلة: له على رجل ألف إلى سنة [فأحال الطالب عليه إلى سنة، فالحوالة جائزة، والمال على المحتال عليه إلى سنة][١] لأنه قبل ذلك.

ولو حصلت الحوالة مبهمة؛ أي: لم يذكر: حالة أو مؤجّلة ـ فلم يذكرها محمد[٢] في الأصل، قالوا: وينبغي أن تثبت مؤجلة كما في الكفالة؛ لأنه تحمل ما على الأصيل بأي صفة كان، فلو مات المحيل لم يحل المال على المحتال عليه؛ لأن حلول الأجل في حق الأصيل لاستغنائه عن الأجل بموته، وهذا يتأتى في حق المحتال عليه؛ لأنه حيٌّ محتاج إلى الأجل، ولو حلَّ عليه إنما يحل بناء على الأصيل، فلا وجه إليه؛ لأن الأصيل بريئ عن الدين والتحق بالأجانب.

ولو مات المحتال عليه قبل الأجل، والمحيل حي؛ حلَّ المال على المحتال عليه؛ لاستغنائه عن الأجل بموته، فإن لم يكن له وفاء رجع الطالب على المحيل إلى أجله؛ لأن الأجل سقط حكمًا للحوالة، وقد انقضت الحوالة بموت المحتال عليه مفلسًا، فينتقض ما في ضمنها، وهو سقوط الأجل، كما لو باع المديون بدين مؤجل عبدًا من الطالب، ثم استحق العبد عاد الأجل؛ لأن سقوطه كان بحكم البيع، كذا هاهنا. كذا في الذخيرة.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٧٠).

فَإِنَّهُ مَا الْتَزَمَ الْأَدَاءَ إِلَّا مِنهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ مُقَيَّدَةً بِالْمَغْصُوبِ، لِأَنَّ الْفَوَاتَ إِلَى خُلْفٍ كَلَا فَوَاتَ، وَقَدْ تَكُونُ الْحَوَالَةُ مُقَيَّدَةً بِالدَّيْنِ أَيْضًا، وَحُكْمُ الْمُقَيَّدَةِ فِي هَذِهِ الْجُمْلَةِ أَنْ لَا يَمْلِكَ الْمُحِيلُ مُطَالَبَةَ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُحْتَالِ عَلَى مِثَالِ الرَّهْنِ، وَإِنْ كَانَ أُسْوَةً لِلْغُرَمَاءِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُحِيلِ، ....

قوله: (وحكم المقيدة) أي: الحوالة المقيّدة **(في هذه الجملة)** وهي ما ذكرنا أن تقيده بالدَّين أو العين والعين وديعة أو غصْبًا هو **(ألا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه)** بذلك العين أو الدَّين الذي قيدت به الحوالة فيه؛ لأن الحوالة إذا قيدت بها تعلق حق الطالب به، وهو حق استيفاء دينه منها، وأخذ المحيل يبطل هذا الحق فلا يملك أخذه كالراهن؛ فإنه لا يملك مطالبة الرهن لتعلق حق المرتهن به، وليس للمحتال عليه أن يدفعها إلى المحيل أيضًا؛ لتعلق حق الطالب، فإن دفع ضمنه الطالب؛ لأنه استهلك ما تعلق به حق المحتال، كالمرتهن يضمن مستهلك الرهن.

ولو مات المحيل وعليه ديون قبل أن يقبض المحتال دَين الحوالة؛ فالدينُ الذي على المحتال عليه للمحيل بين غرماء المحيل، والمحتال أسوة للغرماء فيه، وكذا بالعين الذي قيدت الحوالة لا يختص الطالب بها استحسانًا.

والقياس: أن يختص بهما كما في الرهن.

(تعلق به حق)، وهو قول زفر؛ ولهذا لم يملك المطالبة بالإبراء والهبة.

ولنا: أن الدين في ذمة المحتال عليه على ملك المحيل قبل قبض المحتال؛ لأنه لو صار ملكًا له لكان تمليك الدين من غير مَن عليه الدين؛ ولهذا لو بطل دين المحتال بالإبراء كان المحيل أحق به، وإذا بقي على ملك المحيل صار بين غرمائه بالحصص، وما يختص المحتال به؛ لأن الاختصاص بملك رقبة أو يد، والدَّين على الغير لا يقبل التمليك بوجه.

بخلاف الرهن؛ لأن المرتهن ملكه يدًا؛ لأنه بقبضه صار مستوفيًا من وجه، فكان أخص به من سائر الغرماء إذا قسم الدَّين بين غرماء المحيل لا يرجع المحتال بحصة الغرماء على المحتال عليه؛ لأن الحوالة كانت مقيّدة بدين كان عليه، وقد استحقَّ ذلك، فتبطل الحوالة بفواته[1].

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٨٧)، العناية شرح الهداية (٧/ ٢٤٩، ٢٤٨).

وَهَذَا لِأَنَّهُ لَوْ بَقِيَ لَهُ مُطَالَبَتُهُ، فَيَأْخُذُهُ مِنهُ لَبَطَلَتِ الحَوَالَةُ وَهِيَ حَقُّ المُحْتَالِ.
بِخِلَافِ المُطْلَقَةِ: لِأَنَّهُ لَا تَعَلُّقَ لِحَقِّهِ بِهِ بَلْ بِذِمَّتِهِ، ....

قوله: (وهذا) إشارة إلى قوله: أن لا يملك المحتال مطالبة المحتال عليه؛ لأنه لو بقي واحد منه لبطلت الحوالة[1].

قوله: (لو بقيت له) أي: للمحيل **(مطالبته)** أي: بذلك الدين أو العين **(فيأخذ منه)** أي: من المحتال عليه **(لبطلت)**.

(وهي) أي: الحوالة، على تأويل عقد الحوالة، وفي بعض النسخ: **(فهي)** أي: الحوالة المقيدة، وهو الأصح **(حق المحتال)** أي: الطالب.

(بخلاف المطلقة) أي: الحوالة المطلقة **(لأنه)** الضمير للشأن؛ أي: لأن الشأن والأمر: أن **(لا تعلق لحقه)** أي: لحق المحتال له **(به)** أي: بذلك الدين أو العين **(بل بذمته)** أي: بذمة المحتال عليه، وفي الذمة سعة، فيجب عليه أداء دين المحيل من مال نفسه، وللمحيل أن يأخذ دينه ووديعته وغصبه منه، ولا تبطل الحوالة بأخذه، حتى لو مات المحيل قسم دينه ووديعته وغصبه الذي قبل المحتال عليه بين غرمائه دون المحتال له؛ لأنه بالحوالة صار غريم المحتال عليه، ولم يبق [٢/١٧٨/ب] غريم المحيل.

بخلاف الحوالة المقيدة؛ لأن هناك لو لم يشارك ابتداء يشارك انتهاء؛ لأن الحوالة تبطل بفوات العبد، فيعود الدين على المحيل، فيصير غريم المحيل انتهاء، فلو أدَّى المحتال عليه في الحوالة المطلقة الدين من مال نفسه؛ يرجع على المحيل ويصير غريمًا للمحيل، فيخاصم غرماءه فيما أخذوا منه.

وفي الحوالة المقيدة لو أبرأ المحتال له المحتال عليه عن دين الحوالة رجع المحيل بدينه على المحتال عليه؛ لأن دينه بعد الحوالة باقٍ على ملكه، وإنما لم يملك قبضه؛ لتعلق حق المحتال عليه، فإذا زال حقه بالإبراء فله الرجوع به، ولو وهب المحتالُ له للمحتال عليه، أو مات المحتال له وورثه المحتال لا يرجع المحيل على المحتال عليه بدَينه؛ لأن المحتال عليه ملك الدين بالهبة والإرث؛ لأنهما من أسباب المُلك، بخلاف الإبراء، إلا أنه إسقاطٌ لا تمليك، فلم يملك المحتال عليه ما في ذمته بالإبراء؛ لأنه ملك دين الحوالة بالهبة

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٢٤٩)، البناية شرح الهداية (٨/ ٤٩٢).

فَلَا تَبْطُلُ الحَوَالَةُ بِأَخْذِ مَا عَلَيْهِ أَوْ عِنْدَهُ.

قَالَ: (وَيُكْرَهُ السَّفَاتِجُ وَهِيَ: قَرْضٌ اسْتَفَادَ بِهِ المُقْرِضُ سُقُوطَ خَطَرِ الطَّرِيقِ) وَهَذَا نَوْعُ نَفْعٍ اسْتُفِيدَ بِهِ وَقَدْ «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ قَرْضٍ جَرَّ نَفْعًا».

والإرث كما في الأداء، وبالإبراء لا يملك شيئًا. كذا في الذخيرة[(١)]، والكافي.

قوله: (بأخذ ما عليه) أي: من الدين والغصب، **(أو عنده)** أي: يأخذ عينه الذي عنده من الوديعة، ويحتمل أن يراد بما عليه الدين خاصة، وبقوله: عنده؛ أي: عنده من العين، سواء كانت وديعة وغصْبًا[(٢)].

قوله: (ويكره السفاتج) إلى آخره، وفي المغرب[(٣)]: السُّفَتجة، بضم السين وفتح الفاء: واحدة السفاتج، وهو تعريب (سفته): شيء محكم، وسُمّيَ هذا الفرض به؛ لإحكام أمره.

وصورته: أن يدفع إلى تاجر عشرة قرضًا؛ ليدفعه إلى صديقه في بلدٍ آخر؛ ليستفيد به سقوط خطر الطريق.

وفي المبسوط[(٤)]: فإن لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به، حتى لو قضاه أجود مما قبضه لا بأس به، إذا لم يكن مشروطًا فيه ولا عرف ظاهر فيه؛ لأنه في معنى الحوالة؛ لأنه أحال الخطر المتوقع على المستقرض، قالوا: إنما يحل ذلك عند عدم الشرط، إذا لم يكن فيه عُرف ظاهر، فأما إذا كان يعرف أنه فعل ذلك لأجل القرض.

والذي حكي عن أبي حنيفة أنه لم يقعد في ظل جدار غريمه فلا أصل له؛ لأن ذلك لا يكون انتفاعًا بملكه، كيف ولم يكن مشروطًا ولا مطلوبًا، وإنما أورد هذه المسألة في هذا الموضع؛ لأنها معاملة في الديون، كالكفالة والحوالة، فإنها معاملة في الدُّيون أيضًا.

---

(١) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة (٦/ ٢٤٦).

(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٢٤٩)، والبناية شرح الهداية (٨/ ٤٩٢).

(٣) أخرجه الحارث بن أسامة في مسنده كما في بغية الباحث (١/ ٥٠٠ رقم ٤٣٧) من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

(٤) المبسوط للسرخسي (١٤/ ٣٧).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ أَدَبِ القَاضِي

كِتَابُ أَدَبِ الْقَاضِي

لما [كان][1] أكثر المنازعات في الدُّيون والبياعات ذكر ما هو قاطعها بعدها، وهو القضاء، والقاضي يحتاج إلى خِصال حميدة حتى يصلح بها للقضاء، فهذا الكتاب لبيانها.

ثم تركيب (الأدب) يدل على الجمع والدعاء، ومنه الأدْب، بسكون الدال، وهو أن تجمع الناس إلى طعامك وتدعوهم إليه، والمأدبة: اسم للطعام، والآدب: هو الداعي إليه، وسمى الأدب أدبًا؛ لأنه يؤدب الناس إلى المحامد، أي: يدعوهم إليها[2].

وعن أبي يزيد: الأدب يقع على كل رياضة محمودة يتخرج بها الإنسان في فضيلة من الفضائل، والمراد من أدب القاضي هنا: هو الخصال المدعو إليها.

والقضاء: الحكم، وأصله: (قضاي) لأنه من (قضيت) إلا أن الياء لما جاءت بعد الألف هُمِزت، كَرِداءٍ، أصله: (رِداي).

والقضاء يجيء لمعان؛ قال ابن قتيبة: يجيء لمعان مختلفة كلها تعود إلى معنى واحد، أصله: الختم والفراغ عن الأمر، وبه تجري ألفاظ القرآن.

وفي الشرع: المراد به الإلزام، وفصل الخصومات، وقطع المنازعات، وسمى حكمًا؛ لما فيه من منع الظالم عن المظلوم، ومنه الحكمة، والحكمة، ويقال: أحكمت السفيه: إذا أخذت على يده ومنعته.

ثم القضاء بالحق من أشرف العبادات، وأقوى الفرائض بعد الإيمان.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٣)، ورد المحتار على الدر المختار (٥/ ٣٥٢).

....

وفي الزاد: القضاء فريضة محكمة، وشريعة متبعة، وعبادة شريفة؛ لأجل ذلك أثبت الله تعالى لآدم الخلافة بقوله: ﴿إِنِّي جَاعِلٌ﴾ [البقرة:٣٠]، ولداود بقوله تعالى: ﴿إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً﴾ [ص:٢٦] وبه أمر كل نبي مرسل حتى خاتم الأنبياء صلوات الله وسلامه عليه وعليهم قال تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم﴾ [المائدة:٤٩] الآيات.

ثم القضاء مشروع بالكتاب كما ذكرنا، وبالسنة لما روي أنه عليه السلام قال: «**إِذَا اجْتَهَدَ الحَاكِمُ فَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ، وَإِنْ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ**»(١)، وقال عليه السلام: «**السّابِقُون إلى ظلّ الله تَعَالى يَوْمَ القِيَامَةِ: الذينَ إذَا أعْطُوا الحَقَّ قَبِلُوه، وإذَا سُئِلُوا بَذَلُوا، وإذَا حَكَمُوا للمُسْلِمِيْن حَكَمُوا كَحُكْمِهِمْ لأَنْفُسِهِمْ**»(٢)، وقال عليه السلام: «**إذَا جَلَسَ الحَاكِمُ للحُكْمْ بَعَث الله تَعَالى مَلَكَيْن** [٢/ ١٧٩/ أ] **يُسدِدَانِه ويُوّفقَانِه، فإنْ عَدَلَ أقامَا، وإن جَارَ عَرجَا وتَرَكَاه**»(٣)، وروي أنه عليه السلام بعث عليًّا قاضيا إلى اليمن، فقال: يا رسول الله، بعثتني أقضي بينهم وأنا شاب لا أدري ما القضاء، قال علي: فضرب رسول الله ﷺ في صدري، وقال: «**اللّهُم اهدِهِ وثبّتْ لِسَانَهُ**»، فوالذي فلق الحبة ما شككت في قضاء بين اثنين(٤)، وأنه عليه السلام بعث معاذًا إلى اليمن قال: «**كَيْفَ تَقْضِي؟**» قال: أقضي بكتاب الله. الحديث(٥).

وبالإجماع(٦)، وهو ظاهر.

وبالمعقول، وهو أن في القضاء الأمر بالمعروف، ودفع الظلم عن

---

(١) أخرجه البخاري (٩/ ١٠٨ رقم ٧٣٥٢)، ومسلم (٣/ ١٣٤٢ رقم ١٧١٦) من حديث عمرو بن العاص رضي الله عنه.

(٢) أخرجه أحمد (٦/ ٦٧ رقم ٢٤٤٢٤)، وأبو نعيم في حلية الأولياء (٢/ ١٨٦) من حديث عائشة رضي الله عنها.
قال أبو نعيم: هذا حديث غريب تفرد به ابن لهيعة عن خالد.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٨٨ رقم ٢٠٦٦١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
وضعفه ابن الملقن في البدر المنير (٩/ ٥٢٩)، وابن حجر في التلخيص الحبير (٤/ ٤٤٣).

(٤) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٠١ رقم ٣٥٨٢)، والنسائي في الكبرى (٧/ ٤٢١ رقم ٨٣٦٥)، وابن ماجه (٢/ ٧٧٤ رقم ٢٣١٠)، والحاكم (٣/ ١٣٥ رقم ٤٦٥٨).
قال النسائي: أبو البختري لم يسمع من علي شيئًا، وصححه الحاكم.

(٥) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٠٣ رقم ٣٥٩٢)، والترمذي (٣/ ٩ رقم ١٣٢٧)، وأحمد (٥/ ٢٣٠ رقم ٢٢٠٦٠).
قال الترمذي: هذا حديث، لا نعرفه إلا من هذا الوجه وليس إسناده عندي بمتصل.

(٦) انظر: الإقناع في مسائل الإجماع لابن قطان (٢/ ٢٩٧٠).

قَالَ: (وَلَا تَصِحُّ وِلَايَةُ القَاضِي حَتَّى يَجْتَمِعَ فِي المُوَلَّى شَرَائِطُ الشَّهَادَةِ، وَيَكُونَ مِن أَهْلِ الِاجْتِهَادِ) أَمَّا الأَوَّلُ: فَلِأَنَّ حُكْمَ القَضَاءِ يُسْتَقَى مِن حُكْمِ الشَّهَادَةِ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مِن بَابِ الوِلَايَةِ، فَكُلُّ مَنْ كَانَ أَهْلًا لِلشَّهَادَةِ يَكُونُ أَهْلًا لِلْقَضَاءِ، وَمَا يُشْتَرَطُ لِأَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ يُشْتَرَطُ لِأَهْلِيَّةِ القَضَاءِ.

وَالفَاسِقُ أَهْلٌ لِلْقَضَاءِ حَتَّى لَوْ قُلِّدَ يَصِحُّ، ....

المظلوم، ودفع التهارج، وقطع المنازعات وفصل الخصومات، والكل حسن عقلًا، وهو فرض كفاية بالإجماع، فإن لم يَصلُحْ للقضاء إلا واحد تعين عليه ووجب عليه بالإجماع.

قوله: (حتى يجتمع في المولى) على اسم المفعول من التولية، ولم يقل المتولي؛ ليكون فيه دلالة على تولية غيره إياه بدون طلبه، وهو الأولى للقاضي، على ما يجيء.

(يُسْتَقَى) أي: يستفاد ويؤخذ، استعار الاستقاء للاستفادة؛ لأن في الاستقاء فائدة للمستقي، ولا يلزم من هذا بناء القوي على الضعيف؛ لما أن القضاء أقوى من الشهادة؛ لأن هذا بيان حكم المرجع، أي: مرجعهما واحد، وهو الولاية؛ إذ الولاية تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى، والشهادة والقضاء كذلك، فكان مرجعهما إلى أصل واحد[١].

[قوله][٢] **(وما يشترط لأهلية الشهادة)** من الإسلام والبلوغ والعقل والعدالة **(يشترط لأهلية القضاء)** لما أن حكم القضاء مبني على حكم الشهادة؛ لأن أصل الولاية يثبت بأهل الشهادة، وكمال الولاية بالقضاء، وكمال الشيء لا يكون بدون أصله، ولأن الشهادة توجد بدون وصف القضاء، ولا يوجد القضاء بدون وصف الشهادة، فمن هذا الوجه ولاية القضاء كالفرع لولاية الشهادة[٣].

قوله: (حتى لو قلد) أي: الفاسق **(يصح)** أي: تقليده ابتداء[٤]، وقال

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٢٥٢، ٢٥٣)، البناية شرح الهداية (٩/ ٤، ٥).
(٢) بياض بالأصل، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٢٥٢)، والبناية شرح الهداية (٩/ ٦).
(٤) انظر: المبسوط للسرخسي (٩/ ٨٠)، وبدائع الصنائع (٧/ ٣).

إِلَّا أَنَّهُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُقَلَّدَ كَمَا فِي حُكْمِ الشَّهَادَةِ، فَإِنَّهُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَقْبَلَ القَاضِي شَهَادَتَهُ، وَلَوْ قَبِلَ جَازَ عِنْدَنَا.

وَلَوْ كَانَ القَاضِي عَدْلًا فَفَسَقَ بِأَخْذِ الرِّشْوَةِ أَوْ غَيْرِهِ لَا يَنْعَزِلُ ....

الشافعي[١] ومالك[٢] وأحمد[٣]: لا يصح تقليده، وبه قال بعض مشايخنا، وقال أصبغ المالكي[٤]: يصح، ولكن يجب عزله.

وفي وسيط الغزالي[٥] اجتماع هذه الشرائط من الاجتهاد والعدالة وغيرهما متعذر في عصرنا؛ لخلو العصر عن المجتهد والعدل، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وإن كان جاهلًا فاسقًا.

قوله: **(إلا أنه)** أي: الفاسق **(ينبغي ألا يقلد)**؛ لأنه لا يؤمن عليه؛ لقلة مبالاته بواسطة فسقه **(كما في حكم الشهادة)** فإن الأولى للقاضي ألا يقضي بشهادته، ولو قضى نفذ عندنا[٦].

قوله: **(بأخذ الرشوة)**، في الصحاح[٧]: الرشوة: معروفة، وضم الراء لغة فيه، وهي مأخوذة من الرشاء، بالمد، فإن نازح الماء من البئر لا يتوصل إليه إلا به، فكذا الإنسان إلى مقصود الحرام لا يتوصل إلا بها.

والرشوة على أربعة أوجه:

منها ما هو حرام للآخذ والمعطي، وهو الرشوة في تقليد القضاء، فإنه لا يصير قاضيًا بالرشوة بالإجماع[٨]، سواء كان قضاؤه بحق أو بغير حق.

ومنها ما يأخذه القاضي على القضاء، وهو حرام من الجانبين أيضًا، ولا ينفذ، قضاه بحق أو بغير حق.

ومنها ما دفعها لخوف على نفسه أو ماله، فهذه حرام على الآخذ لا الدافع.

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١١/ ٩٦).
(٢) انظر: الذخيرة (١٠/ ١٦)، ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٦/ ٨٧).
(٣) انظر: المغني (١٠/ ٣٧)، والشرح الكبير على متن المقنع (١١/ ٣٨٧).
(٤) انظر: الذخيرة (١٠/ ١٦)، ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٦/ ٨٧).
(٥) انظر: الوسيط في المذهب للغزالي (٧/ ٢٩١).
(٦) انظر: بدائع الصنائع (٧/ ٣)، والعناية شرح الهداية (٧/ ٢٥٤).
(٧) انظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (٦/ ٢٣٥٧).
(٨) انظر: الإقناع لابن المنذر (٢/ ٥١٤)، مراتب الإجماع (١/ ٥٠).

وَيَسْتَحِقُّ العَزْلَ، وَهَذَا هُوَ ظَاهِرُ المَذْهَبِ(*) وَعَلَيْهِ مَشَايِخُنَا ـ رَحِمَهُمُ اللَّهُ ـ .

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: الفَاسِقُ لَا يَجُوزُ قَضَاؤُهُ كَمَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عِنْدَهُ، وَعَنْ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ ـ رَحِمَهُمُ اللَّهُ ـ فِي النَّوَادِرِ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ قَضَاؤُهُ. وَقَالَ بَعْضُ المَشَايِخِ ـ رَحِمَهُمُ اللَّهُ ـ : إِذَا قُلِّدَ الفَاسِقُ ابْتِدَاءً يَصِحُّ، وَلَوْ قُلِّدَ وَهُوَ عَدْلٌ يَنْعَزِلُ بِالفِسْقِ، لِأَنَّ المُقَلِّدَ اعْتَمَدَ عَدَالَتَهُ فَلَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِتَقْلِيدِهِ دُونَهَا.

ومنها لو دفعها ليستوي أمره عند السلطان، حل الدفع ولا يحل الأخذ، فلو أراد الآخذ أن يحل يستأجر الدافع الآخذ يومًا إلى الليل بما يريد أن يدفع إليه، فإنه يجوز هذه الإجارة، ثم المستأجر إن شاء استعمله في هذا العمل، وإن شاء استعمله في غيره. كذا في فتاوى قاضي خان[1] وأدب القاضي للصدر الشهيد[2].

قوله: **(ويستحق العزل)** عن العلامة الكردري: يعني يحسن عزله، وقال الشافعي[3] ومالك[4] وأحمد[5]: ينعزل ولا يصح قضاؤه بعد ذلك، كما لا تقبل شهادته، وفي النوادر عن علمائنا الثلاثة: لا يصح قضاؤه، كمذهب الشافعي، وينعزل بالفسق إذا كان عدلًا وقت التقليد.

(وعن بعض مشايخنا: إذا قلد الفاسق ابتداء يصح) إلى قوله: **(وينعزل بالفسق)**.

فإن قيل: البقاء أسهل من الابتداء، وكم من شيء لا يثبت ابتداء ويثبت بقاءً، كالنكاح لا يثبت بدون الشهود ويبقى بموت الشهود، أما ما يثبت ابتداءً فيثبت بقاءً، وهاهنا يثبت ابتداءً ولا يثبت بقاءً.

قلنا: هذا من باب تعليق القضاء والإمارة بالشرط؛ لما ذكر في الكتاب.

[٢/١٧٩/ب] **(أنه اعتمد عدالته)** إلى آخره، فحينئذ يكون تقليده معلقًا بالعدالة ومقيدًا بها، فصار كما لو قال: إذا قدمت بلدة كذا فأنت قاضيها، أو

(*) الراجح: هو ظاهر المذهب.

(١) انظر: فتاوى قاضي خان (٢/٢٤٣).
(٢) انظر: شرح أدب القاضي (٣/١٤٨- ١٥٠).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ٣٣٥)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/٥٨٦).
(٤) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ٢٤٣)، الذخيرة (١٠/١٦).
(٥) انظر: المغني (١٠/ ٩١)، كشاف القناع على متن الإقناع (٦/ ٢٩٧).

وَهَلْ يَصْلُحُ الفَاسِقُ مُفْتِيًا؟ ....

قال: إذا أتَيتُ مكة فأنت أمير الموسم، وكذا يجوز إضافتهما إلى وقت كما لو قال: جعلتك قاضيًا أو واليًا رأس الشهر.

والأصل في ذلك أنه ﷺ بعث جيشًا، وأمّر عليه زيد بن حارثة ثم قال: «إنْ قُتِلَ زَيدُ فَجَعْفَرٌ أَمِيرُكُمْ، وإنْ قُتِلَ جَعفَرُ فَعَبْدُ الله بنُ رَوَاحَةَ أَمِيرُكُمْ»(١) وكذا يجوز تعليق عزل القضاء بالشرط. ذكره في شرح أدب القاضي(٢).

في الذخيرة(٣): الإمام إذا كان عدلًا، وكذا الأمير، ثم فسقا ـ لم يخرجا عن الإمامة والإمارة، والقاضي يخرج بالفسق.

والفرق على قول هؤلاء المشايخ: أن مبنى الإمارة والإمامة على الغلبة والقهر، ولهذا تقلد بعض الصحابة الأعمال ممن غلب وجار، وأما مبنى القضاء على العدالة والأمانة، فإذا بطلت العدالة والأمانة يبطل القضاء ضرورة، وقد يثبت الشيء ابتداء أو لا يثبت بقاء، فإن العبد المأذون إذا أبق صار محجورًا، [ولو أُذِن حال إباقه يصح على رواية هذا الكتاب على ما يجيء، وقال قاضي خان: إذن الآبق في التجارة](٤) إنما يصح إذا أُذن له بالتجارة ممن في يده.

قوله: (**يصلح**) أي: الفاسق (**مفتيًّا**)؟ قيل: لا يصح؛ لأن مبناهُ على الأمانة والاحتراز عن الخيانة، وبه قال الشافعي(٥) [ومالك](٦) وأحمد(٧).

قوله: «مَنْ قلّد إنسانًا» الحديث(٨)، قيل: هذا حديث خارج عن المدونات.

أجيب: هذا طعن بلا دليل، وقد ثبت بنقل العدل(٩).

---

(١) أخرجه البخاري (٥/ ١٤٣ رقم ٤٢٦١) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.
(٢) انظر: شرح أدب القاضي (٣/ ١٤٩).
(٣) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٥).
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٥) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ١٦٠)، وروضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ٩٩).
(٦) الذخيرة (١٠/ ١٩).
(٧) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٢٣)، والإنصاف للمرداوي (١١/ ١٨٧).
(٨) أخرجه العقيلي قي الضعفاء (١/ ٢٤٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
وضعفه العقيلي، وضعفه أيضًا ابن حجر في الدراية (٢/ ١٦٥).
(٩) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٢٥٨).

قِيلَ: لَا، لِأَنَّهُ مِن أُمُورِ الدِّينِ، وَخَبَرُهُ غَيرُ مَقْبُولٍ فِي الدِّيَانَاتِ، وَقِيلَ: يَصْلُحُ(*)، لِأَنَّهُ يَجْتَهِدُ كُلَّ الجَهْدِ فِي إِصَابَةِ الحَقِّ حَذَارِ النِّسْبَةِ إِلَى الخَطَإِ، وَأَمَّا الثَّانِي: فَالصَّحِيحُ أَنَّ أَهْلِيَّةَ الِاجْتِهَادِ شَرْطُ الأَوْلَوِيَّةِ.

فَأَمَّا تَقْلِيدُ الجَاهِلِ فَصَحِيحٌ عِنْدَنَا، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ يَقُولُ: ....

قوله: (وأما الثاني) أي: اشتراط الاجتهاد بقوله: **(ويكون من أهلية الاجتهاد)**.

والاجتهاد: بذل المجهود لنيل المقصود، والمراد به العالم بالأحكام.

وفي المجتبي: نص محمد في الجامع: شرط القضاء أن يكون القاضي مجتهدًا، وذكر الخصاف: يجوز أن يكون غير مجتهد، فتقليد الجاهل صحيح عندنا خلافًا للشافعي[1]، ولكن ينبغي أن يقضي بقول الأفقه في المجتهدات، ويقضي بفتوى الأفقه.

قوله: (خلافًا للشافعي)[2] وبقوله قال مالك[3] وأحمد[4].

(هو يقول) أي: الشافعي يقول إنه مأمور بالقضاء بالحق، ولا أمر بلا قدرة، ولا قدرة بلا علم، وقد روي أنه ﷺ قال: «**القُضَاةُ ثَلَاثَةٌ: قَاضِيَانِ فِي النَّار، وقَاضٍ في الجَنَّة، أمَّا اللَّذَانِ في النَّارِ: الجَاهِلُ، والعَالِمُ الجَائِر، وأمّا الذي في الجنةِ: فالعَالِمُ العَادِلُ**» رواه أبو داود[5].

ولنا: أن المقصود من القضاء، وهو إيصال الحق إلى مستحقه، يحصل بفتوى غيره، والحديث محمول على الجاهل الذي يعمل بجهله ولا يرجع إلى الغير، ولأن هذا الحديث يدل على عظم جنايته، إلا أنه لا يصير قاضيًا، ولهذا سماه قاضيًا، وكذا المفتي عندهم ينبغي أن يكون من أهل الاجتهاد، وعندنا أيضًا.

(*) الراجح: قول المانعين.

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ١٦٠)، روضة الطالبين (١١/ ٩٥).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ١٦٠).

(٣) انظر: الذخيرة (١٠/ ٢٠)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٦/ ٨٩).

(٤) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٢٣)، المغني (١٠/ ٣٨).

(٥) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٩ رقم ٣٥٧٣)، والنسائي في الكبرى (٥/ ٣٩٧ رقم ٥٨٩١) والحاكم (٤/ ٩٠ رقم ٤٠١٢) من حديث بريدة بن الحصيب رضي الله عنه. =

....

أما لو أفتى فقيه لم يبلغ درجة الاجتهاد فيما يروى عن أصحابنا، يفتي بالرواية الظاهرة، ولا يخالفهم برأيه وإن كان مجتهدًا، ولو كانت مختلفة بين أصحابنا، فإن كان مع أبي حنيفة أحد صاحبيه، يفتي بقولهما وإن خالفاه، فإن كان اختلاف عصر أو أحد المتأخرين بقولهما، كالمزارعة، يفتي بقولهما، وفيما سواه يتخيّر المفتي ويعمل بالاجتهاد، وقال ابن المبارك: يأخذ بقول أبي حنيفة.

وقال رضي الدين النيسابوري: لو كان المفتي مجتهدًا يفتي برأيه كائنا ما كان، ولا يفتي بقول من يقلّده لا مُحالة إلا في موضع الضرورة، وعليه الأكثرون، وإن وجد لها رواية نادرة؛ فإن وافق قول أصحابنا، أخذ بها، وإن لم يجد واتفق بها المتأخرون، أخذ به، وإلا يفتي بما هو الأصوب عنده، وإن كان المفتي مقلدًا غير مجتهد، يفتي بقول من هو أفقه عنده، وإن كان في مصر آخر.

وفي الكافي: ينبغي أن يكون المفتي عفيفًا صالحًا عاقلًا فهمًا، عالمًا بالسنة والآثار ووجوه الفقه الذي يؤخذ منه الكلام، فمن لم يكن بهذه الصفة لا يفتي إلا بشيء سمعه، يقول: قال أبو حنيفة كذا.

وفي بعض الجوامع: من عرف الأقاويل ولم يعرف الحجج لا يحل له أن يفتي فيما اختلف فيه، ولا يقطع بأحد الأقاويل فيفتي به، ولو لم يوجد في البلد مثله، وفيه حافظ للفقه إن كان مأمونًا ثقة عليه لا فيما يحكيه حكى الأقاويل للمستفتي، فيختار المستفتي ما يقع في قلبه أنه أصوبهم، على ما روي عن أبي حنيفة.

وفي الجامع الصغير: لو انتقل من مذهب [٢/ ١٨٠/أ] إلى مذهب لاجتهاد وبرهان فهو مذموم آثم مستوجب للتأديب والتعزير، فبلا اجتهاد وبرهان بالطريق الأولى، وبه قال الشافعي(١).

وقال الإمام العياضي: العبرة لمن يعتقده المستفتي، فكل ما اعتقده من مذهب حل له الأخذ به ديانة ولم يحل بخلافه.

= قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وله شاهد بإسناد صحيح على شرط مسلم.

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ١٦٠).

إنَّ الأَمْرَ بِالقَضَاءِ يَسْتَدْعِي القُدْرَةَ عَلَيْهِ، وَلَا قُدْرَةَ دُونَ العِلْمِ. وَلَنَا: أَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَقْضِيَ بِفَتْوَى غَيْرِهِ، وَمَقْصُودُ القَضَاءِ يَحْصُلُ بِهِ وَهُوَ إِيصَالُ الحَقِّ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ.

وَيَنْبَغِي لِلْمُقَلِّدِ أَنْ يَخْتَارَ مَنْ هُوَ الأَقْدَرُ وَالأَوْلَى، لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ قَلَّدَ إِنْسَانًا عَمَلًا، وَفِي رَعِيَّتِهِ مَنْ هُوَ أَوْلَى مِنهُ، فَقَدْ خَانَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَجَمَاعَةَ المُسْلِمِينَ».

وَفِي حَدِّ الاِجْتِهَادِ كَلَامٌ عُرِفَ فِي أُصُولِ الفِقْهِ. وَحَاصِلُهُ: أَنْ يَكُونَ صَاحِبَ

وفي جامع شمس الأئمة: ولا بأس بمباشرة ما يعتقد جوازه وإن كان فيه اختلاف العلماء، فلا يكون ذلك تركًا للاحتياط.

وذكر الرازي في أصول الفقه: فأما ما يؤخذ من كلام في كتاب معروف تداولته الأيدي يجوز لمن نظر فيه أن يقول: قال فلان كذا وإن لم يسمعه من أحد، نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف في أصناف العلوم؛ لأنه بمنزلة الخبر المتواتر، ومثله يستغني عن الإسناد. كذا في المجتبي

وفي المحيط[1]: وعن الحسن بن زياد: الجاهل بالعلم إذا استفتى فقيهًا فأفتاه بقول يأخذ به ولا يسعه أن يتعدّى إلى غيره، ولو كان في المصر فقيهان سيّان في الفتوى فاختلفا يأخذ بقول أيهما يقع في قلبه أنه أصوبهما، وإن كانوا ثلاثة في مصر واتفق اثنان بقول يأخذ بقولهما، ولا يسعه أن يأخذ بقول الثالث، وإن اختلفوا ولم يتفق اثنان منهم اجتهد هو رأيه فأيهم أصوب عنده عمل به.

قوله: (صاحب حديث له معرفة بالفقه أو صاحب فقه له معرفة بالحديث)[2]، والفرق بين القولين أن في الأول منسوب إلى علم الحديث؛ لزيادة علمه ودرسه فيه، ولكن له فقه أيضًا، وفي الثاني منسوب إلى الفقه لزيادة درسه فيه؛ لكن له علم الحديث أيضًا، ولم يدخل الواو في قوله: له معرفة بالفقه؛ لأن ذلك خبر بعد خبر.

قوله: (وفي حد الاجتهاد كلام) أي: اختلاف كثير عرف في أصول الفقه.

وفي الكافي: وأصح ما قيل في حد المجتهد أن يكون قد حوى علم الكتاب ووجوه معانيه، وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها، وأن يكون

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ١١).   (٢) انظر المتن ص ٣٧٤.

حَدِيثٍ، لَهُ مَعْرِفَةٌ بِالفِقْهِ لِيَعْرِفَ مَعَانِيَ الآثَارِ، أَوْ صَاحِبَ فِقْهٍ، لَهُ مَعْرِفَةٌ بِالحَدِيثِ، لِئَلَّا يَشْتَغِلَ بِالقِيَاسِ فِي المَنْصُوصِ عَلَيْهِ، وَقِيلَ: أَنْ يَكُونَ مَعَ ذَلِكَ صَاحِبَ قَرِيحَةٍ يَعْرِفُ بِهَا عَادَاتِ النَّاسِ، لِأَنَّ مِن الأَحْكَامِ مَا يَبْتَنِي عَلَيْهَا.

قَالَ: (وَلَا بَأسَ بِالدُّخُولِ فِي القَضَاءِ لِمَنْ يَثِقُ بِنَفْسِهِ أَنْ يُؤَدِّيَ فَرْضَهُ) لِأَنَّ الصَّحَابَةَ ﷺ تَقَلَّدُوهُ وَكَفَى بِهِمْ قُدْوَةٌ، وَلِأَنَّهُ فَرْضُ كِفَايَةٍ لِكَوْنِهِ أَمْرًا بِالمَعْرُوفِ.

عالمًا بالقياس ومصيبًا فيه، وعالمًا بعرف الناس على ما بيّن في أصول الفقه[(١)].

قوله: (**وما يبتني عليها**) أي على عادات الناس؛ لأن العرف قد يغلب على القياس، كما في الاستصناع جوّز بخلاف القياس. ذكره الصدر الشهيد في أدب القاضي[(٢)].

في الصحاح[(٣)]: القريحة أول ما يستنبط من البئر، ومنه قولهم: لفلان قريحة جيدة، يريد استنباط العلم بجودة الطبع.

قوله: (**لأنه فرض كفاية**)، فإن قيل: قوله: فرض كفاية يُوجب أن الدخول فيه مستحب، كما في صلاة الجنازة وغيرها.

قلنا: نعم لكن فيه خطر عظيم وأمر مخوف لا يسلم في بحره كل سابح، فبالنظر إلى كونه فرض كفاية يستحب، وبالنظر إلى كونه متضمنا أمرًا مخوفًا يكره، فقلنا بعدم البأس.

قوله: «**فَكَأَنَّمَا ذُبِحَ بِغَيرِ سِكّينٍ**»، وفي رواية: «**ذُبِحَ بِسكّينٍ**» رواه الترمذي، وقال: حديث حسن[(٤)].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٣/٧).
(٢) انظر: شرح أدب القاضي (١/ ١٨٩).
(٣) انظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح اللغة (١/ ٣٩٦).
(٤) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٨ رقم ٣٥٧١)، والترمذي (٣/ ٧ رقم ١٣٢٥)، والنسائي في الكبرى (٥/ ٣٩٨ رقم ٥٨٩٢)، وابن ماجه (٢/ ٧٧٤ رقم ٢٣٠٨)، والحاكم (٤/ ٩١ رقم ٧٠١٨) من حديث أبي هريرة ﷺ.
قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب من هذا الوجه، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

....

وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي[١]: وجه التشبيه أن السكين مؤثرة في الظاهر والباطن جميعًا، والذبح بغير السكين ذبح بطريق الخنق والغم ونحو ذلك، فإنه يؤثر في الباطن والقضاء لا يؤثر في الظاهر فإنه في ظاهره جاه، وفي باطنه هلاك.

وعن الإمام الحلواني: لا ينبغي أن يزدري اللفظ أحد كيلا يصيبه ما أصاب ذلك القاضي.

روي أن قاضيًا ازدراه، وقال: كيف يكون هذا؟ ثم دعا في مجلسه بمن يسوّي شعره، فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه إذ عطس فأصابه الموسى فألقى رأسه بين يديه.

وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي[٢]: وكان في بني إسرائيل من فرغ نفسه للعبادة ستين سنة فإنه يرجى له النّبوة، فإذا اشتغل بالقضاء أُويسَ له من النبوة.

وروى أن عثمان لما استقضى ابن عمر امتنع منه، ولما دعي أبو قلابة للقضاء هرب حتى أتى الشام فوافق ذلك عزل قاضيها، فهرب حتى أتى اليمامة، فقال: ما وجدت القاضي إلا كسابح في بحر فكم يسبح حتى يغرق.

وعن أبي هريرة يقول: والله ليَرمَيّن الله تعالى القضاة يوم القيامة بشرار أعظم من هضبات حُسمى.

والهضبات: التلال، وحسمى: اسم موضع.

وإن قيل في تأويله: أن المراد: [٢/ ١٨٠/ب] القاضي الجائر؛ لكن بظاهره يتناول الكل، وفائدته التحذير.

وقد تحرز أبو حنيفة[٣] عن تقلده بعدما ضرب مرارًا وحبس لأجله، وقال: البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم، فقال أبو حنيفة: كأني بك قاضيًا.

(١) انظر: شرح أدب القاضي (١/ ١٤٦).
(٢) انظر: شرح أدب القاضي (١/ ١٤٦، ١٤٧).
(٣) انظر: المبسوط للسرخسي (١٦/ ٦٨، ٦٩)، وبدائع الصنائع (٧/ ٤).

قَالَ: (وَيُكْرَهُ الدُّخُولُ فِيهِ لِمَنْ يَخَافُ العَجْزَ عَنْهُ، وَلَا يَأْمَن عَلَى نَفْسِهِ الحَيْفَ فِيهِ) كَيْ لَا يَصِيرَ شَرْطًا لِمُبَاشَرَتِهِ القَبِيحَ، وَكَرِهَ بَعْضُهُمْ الدُّخُولَ فِيهِ مُخْتَارًا لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ جُعِلَ عَلَى القَضَاءِ فَكَأَنَّمَا ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ» وَالصَّحِيحُ: أَنَّ الدُّخُولَ فِيهِ رُخْصَةٌ طَمَعًا فِي إِقَامَةِ العَدْلِ، وَالتَّرْكُ عَزِيمَةٌ، فَلَعَلَّهُ يُخْطِئُ ظَنُّهُ وَلَا يُوَفَّقُ لَهُ أَوْ لَا يُعِينُهُ عَلَيْهِ غَيْرُهُ، وَلَا بُدَّ مِن الإِعَانَةِ، إِلَّا إِذَا كَانَ هُوَ أَهْلًا لِلْقَضَاءِ دُونَ غَيْرِهِ، فَحِينَئِذٍ يُفْتَرَضُ عَلَيْهِ التَّقَلُّدُ صِيَانَةً لِحُقُوقِ العِبَادِ، وَإِخْلَاءً لِلْعَالَمِ عَنْ الفَسَادِ.

قَالَ: (وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَطْلُبَ الوِلَايَةَ وَلَا يَسْأَلَهَا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ:

وكذا دُعي محمد إلى القضاء فأبى حتى قُيّد وحُبس حتى اضطر فتقلد، وعن الشافعي أنه عرض عليه كتاب الرشيد فلم يجبه وامتنع عنه، وأوصى في مرضه للمزني ألا يتولى القضاء، وعن بعض أصحابه إن كان خامل الذكر يستحب له الطلب لنشر العلم، أما إذا أمكن نشر العلم بدونه لا يستحب.

وقال الفقهاء[(١)]: لا يستحب مطلقًا، وهو قول مالك[(٢)] وأحمد[(٣)]، وكرهوا الدخول فيه مختارًا كما ذكرنا.

قوله: (طمعًا في إقامة العدل) في الحديث: «**عَدْلُ سَاعَةٍ خَيْرٌ مِنْ عِبَادَةِ سَنَةٍ**»، والامتناع عزيمة؛ لأنه مأمور بالقضاء بالحق، وربما يظن في الابتداء أنه يقضي بالحق ثم لا يقدر عليه في الانتهاء، ولأنه لا يمكنه القضاء إلا بإعانة غيره، ولعل غيره لا يعينه[(٤)].

قوله: (يفترض عليه التقلد) بلا خلاف بين الفقهاء، كصلاة الجنازة إذا تعين واحد لإقامتها يفترض[(٥)].

قوله: (وينبغي ألا يطلب الولاية) أي: بقلبه **(ولا يسألها)** أي: بلسانه، ولا

---

(١) انظر: روضة الطالبين (١١/ ٩٣).
(٢) انظر: الذخيرة (١٠/ ٨)، ومواهب الجليل شرح مختصر خليل (٦/ ٩٠).
(٣) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٢١)، والمغني (١/ ٣٣).
(٤) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٢، ١٣)، ودرر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ٤٠٥).
(٥) انظر: بدائع الصنائع (٧/ ٤).

«مَنْ طَلَبَ القَضَاءَ وُكِلَ إِلَى نَفْسِهِ، وَمَنْ أُجْبِرَ عَلَيْهِ نَزَلَ عَلَيْهِ مَلَكٌ يُسَدِّدُهُ» وَلِأَنَّ مَنْ طَلَبَهُ يَعْتَمِدُ عَلَى نَفْسِهِ فَيُحْرَمُ، وَمَنْ أُجْبِرَ عَلَيْهِ يَتَوَكَّلُ عَلَى رَبِّهِ فَيُلْهَمُ.

(ثُمَّ يَجُوزُ التَّقَلُّدُ مِن السُّلْطَانِ الجَائِرِ كَمَا يَجُوزُ مِن العَادِلِ) لِأَنَّ الصَّحَابَةَ ﷺ

خلاف فيه في غير المعين، أما إذا لم يتعيّن ألا يطلب الولاية، ولكن هو أصلح من غيره ـ نص بعض أصحاب الشافعي[1] إن كان خامل الذكر ولو ولي القضاء لاشتهر وانتفع الناس بعلمه، أو لم يكن له كفاية ولو ولي لصار مكفيًّا من بيت المال ـ يستحب الطلب، وبه قال أحمد[2]، وقال القفال[3]: لا يستحب الطلب بحال؛ لحديث عبد الرحمن بن سمرة قال ﷺ: «**لا تَسْأَلِ الإمارَة فإنّك إنْ أعْطَيتَهَا عن مسألةٍ وُكلْتَ إليها، وإنْ أعْطَيتَهَا عنْ غَيرِ مَسألةٍ أعنْتَ عَلَيْهَا**»[4].

قوله: («**وُكِلَ**») بالتخفيف، الحديث رواية أنس، رواه الترمذي، وقال: حديث حسن.

وذكر الصدر الشهيد[5]: وإنما فوض إلى نفسه لا من سأل القضاء فقد اعتمد ذكاءه وورعه فصار معجبًا، فلا يلهم الرشد ويحرم التوفيق، بخلاف من أكره عليه فقد اعتصم بحبل الله وتوكل على الله تعالى، فيلهم الرشد ويوفق للصواب.

قوله: (**يجوز التقلد من السلطان الجائر**) ولا خلاف فيه، أما الإسلام شرط في السلطان عند الأئمة الأربعة وأكثر أهل العلم، وذكر في الملتقط ليس بشرط حتى قال: بلاد الإسلام التي في أيدي الكَفَرة لا شك أنها بلاد الإسلام لا بلاد الحرب؛ لأنها غير متصلة ببلاد الحرب ولم يظهروا فيها حكم الكفر؛ بل القضاة مسلمون والملوك الذين يطيعونهم عن ضرورة مسلمون، وإن كان عن غير ضرورة فكذلك أيضًا وهم فسّاق، وكل مصر فيه والٍ من جهتهم تجوز فيه إقامة

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ١٠، ١١)، وروضة الطالبين (١١/ ٩٣).
(٢) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٢١)، والمغني (١٠/ ٣٤).
(٣) انظر: روضة الطالبين (١١/ ٩٣).
(٤) أخرجه البخاري (٨/ ١٤٧ رقم ٦٧٢٢)، ومسلم (٣/ ١٢٧٣ رقم ١٦٥٢) من حديث عبد الرحمن بن سمرة رضي الله عنه.
(٥) انظر: شرح أدب القاضي (١/ ١٥٤).

تَقَلَّدُوهُ مِن مُعَاوِيَةَ ﷺ وَالحَقُّ كَانَ بِيَدِ عَلِيٍّ ﷺ فِي نَوْبَتِهِ، وَالتَّابِعِينَ تَقَلَّدُوهُ مِن الحَجَّاجِ وَكَانَ جَائِرًا، إِلَّا إِذَا كَانَ لَا يُمَكِّنُهُ مِن القَضَاءِ بِحَقٍّ، لِأَنَّ المَقْصُودَ لَا يَحْصُلُ بِالتَّقَلُّدِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ يُمَكِّنُهُ.

الجمعة والأعياد وأخذ الخراج وتقليد القضاة وتزويج الأيامى لاستيلاء المسلم عليه، أما طاعته للكفرة فذاك موادعة ومخادعة، وأما بلاد عليها ولاة الكفار فيجوز للمسلمين إقامة الجمعة والأعياد، ويصير القاضي قاضيًا بتراضي المسلمين، ويجب عليهم أن يلتمسوا واليًا مسلمًا منهم ﴿فَعَسَى ٱللَّهُ أَن يَأْتِيَ بِٱلْفَتْحِ أَوْ أَمْرٍ مِّنْ عِندِهِۦ﴾ [المائدة: ٥٢].

ولكن ذكر في القنية البلاد التي غلب عليها التّتَرة الملعونة كخوارزم وخراسان وما وراء النهر وغيرها صارت دار الحرب في الظاهر؛ لأنهم أَجْرَوْا أحكامهم فيها حتى لو استولى الزوج على امرأته بعد ردتها يملكها الزوج فتبقى في يده بحكم الرق.

قوله: **(في نوبته)** أي نوبة عليٍّ، وقيد به احترازًا عن مذهب الروافض، فإنهم يقولون: الحق مع عليٍّ في جميع نوب الخلفاء: في نوبة أبي بكر وعمر وعثمان، ومع أولاده بعد علي، وعند أهل السنة معاوية كان باغيًا في نوبة علي وبعده إلى زمان ترك أمير المؤمنين حسين الخلافة إليه، وانعقد الإجماع على خلافه معاوية بعده، وهذا البحث مذكور في علم أصول الدين(١).

قوله: (وهو) أي: الحجاج **(كان جائرًا)** فقد قال الحسن فيه: لو جاء كل أمة بخبيثاتها وجئنا به لغلبناهم، وظلمه مشهور.

(لأن المقصود) وهو دفع الظلم **(لا يحصل بالتقلد)**.

وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي(٢): روى عن الحكم بن عمرو الغفاري أنه أتاه كتاب معاوية، وكان فيه أن أمير المؤمنين يأمرك أن تصطفي له الصفراء والبيضاء، فصعد المنبر وقال: أيها الناس، أتاني كتاب أمير المؤمنين وقد أمرني [٢/ ١٨١/أ] أن اصطفي له الصفراء والبيضاء، وقد سبق كتابُ الله

---

(١) انظر: المحيط البرهاني (٨/ ٦)، والعناية شرح الهداية (٧/ ٢٦٣).
(٢) انظر: شرح أدب القاضي (١/ ١٣١، ١٣٢).

قَالَ: (وَمَنْ قُلِّدَ القَضَاءَ يُسَلَّمُ إِلَيْهِ دِيوَانُ القَاضِي الَّذِي كَانَ قَبْلَهُ) وَهُوَ الخَرَائِطُ الَّتِي فِيهَا السِّجِلَّاتُ وَغَيْرُهَا، لِأَنَّهَا وُضِعَتْ فِيهَا لِتَكُونَ حُجَّةً عِنْدَ الحَاجَةِ، فَتُجْعَلُ فِي يَدِ مَنْ لَهُ وِلَايَةُ القَضَاءِ.

ثُمَّ إِنْ كَانَ البَيَاضُ مِن بَيْتِ المَالِ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إِذَا كَانَ مِن مَالِ الخُصُوم فِي الصَّحِيحِ، لِأَنَّهُمْ وَضَعُوهَا فِي يَدِهِ لِعَمَلِهِ وَقَدْ انْتَقَلَ إِلَى المُوَلَّى، وَكَذَا إِذَا كَانَ مِن مَالِ القَاضِي هُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّهُ اتَّخَذَهُ تَدَيُّنًا لَا تَمَوُّلًا، وَيَبْعَثُ أَمِينَيْنِ لِيَقْبِضَاهَا

كتابَ معاوية إليّ، وإني قاسم لكم ما أفاء الله عليكم، ألا فليقم كل واحد وليأخذ حقه، ثم قال: اللهم اقبضني إليك، فما عاش بعد ذلك إلا قليلًا.

في المغرب: السجل: كتاب حكمي[1].

(وغيرها) أي: غير السجلات، من المحاضر والصكوك، وكتاب نصيب الأوصياء، وتقدير النفقات.

(ثم إن كان البياض) أي: القراطيس التي كتب فيها السجلات وغيرها (من بيت المال فظاهر) أي: يجبر المعزول على دفعه؛ لأن ذلك إنما كان في يده لعمله، وقد صار العمل لغيره، فلا يترك في يده.

(هو الصحيح) احترز به عما قال بعض المشايخ: إذا كان البياض من ماله أو مال الخصم لا يجبر على الدفع؛ لأنه ملكه أو وهب له، وفي الصحيح يجبر؛ لأنه ما اتخذه للتمول؛ بل للتدين، وكذا الخصوم تركوا ذلك في يده لعمله، وقد تحول العمل إلى غيره.

وفي المحيط[2]، وأدب القاضي للصدر الشهيد[3]: للسلطان أن يعزل القاضي بريبة أو بغير ريبة؛ أما بريبة فلا شك، وأما بغير ريبة؛ لما رُوي عن أبي حنيفة أن القاضي على القضاء لا يُترَك إلا حولًا؛ لأنه متى اشتغل بالقضاء أكثر من سنة ينسى العلم، فيقول له السلطان: لا فساد فيك، ولكن أخشى عليك

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٢١٩)، وفيه: (السجل) كتاب الحكم، وقد سجل عليه القاضي.
(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ١٧).
(٣) انظر: شرح أدب القاضي (١/ ٢٥٨).

بِحَضْرَةِ المَعْزُولِ أَوْ أَمِينِهِ وَيَسْأَلَانِهِ شَيْئًا فَشَيْئًا، وَيَجْعَلَانِ كُلَّ نَوْعٍ مِنهَا فِي خَرِيطَةٍ كَيْ لَا يَشْتَبِهَ عَلَى المُوَلَّى، وَهَذَا السُّؤَالُ لِكَشْفِ الحَالِ لَا لِلْإِلْزَامِ.

أن تنسى العلم، فعد وادرس العلم ثم عد إلينا حتى نقلّدَكَ.

وقال الشافعي[1]: يجوز العزل بخلل إذا غلب على ظن السلطان خلله، وبه قال أحمد[2]، وقال مالك[3]: يعزل بشكوى أحد، أما بغير خلل ـ عنه: لا يجوز عزله، ولو عزله لا ينعزل، فإن كان صالح آخر أفضل منه جاز عزله، وإن كان دونه أو مثله فإن كان لتسكين الفتنة أو مصلحة أخرى جاز عزله، وبه قال الغزالي.

وأما القضاة والولاة لا ينعزلون بموت السلطان ولا بعزل السلطان بلا خلاف، ولو عزل القاضي نفسه ينعزل، فإذا عزل وقلد آخر، فيبعث القاضي الجديد اثنين من ثقاته والواحد يكفي، والاثنان أحوط فيقبضان من المعزول ديوانه، ثم إذا قبض الديوان فنسخ السجلات يجمعان في خريطة، ونسخ الأوصياء في خريطة، وكل نوع في خريطة؛ لأن هذه النسخ كانت تحت يد المعزول، فلا يشتبه عليه شيء من ذلك متى احتاج إليه، فأما المقلد الجديد فيشتبه عليه لو لم يجمعا كل نوع في خريطة، ويسألانه عن المحبوسين وعن أسباب حبسهم.

قوله: (وهذا السؤال) أي: سؤال أحوال الديوان والمحبوسين وسبب الحبس **(لكشف الحال لا للإلزام)** لأن قول المعزول ليس بحجة لإلحاقه بالعزل بواحد من الرعايا، ومتى قبضا ذلك يختمان ذلك؛ احترازًا عن الزيادة والنقصان، وهذا ينبغي أن يكون في حق كل قاضٍ، كذا في المحيط[4] وأدب القاضي للصدر الشهيد[5].

قيل: والسؤال بمعنى الاستعلاء يتعدى إلى المفعول الثاني بـ (عن)، وهاهنا قال: **(يسألانه شيئًا فشيئًا)** بدون (عن).

أجيب: أن انتصاب **(شيئًا)** بعامل مضمر يدل عليه قوله: يسألانه، تقديره:

---

(١) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/ ٥٨٥)، وروضة الطالبين (١١/ ١٢٦).
(٢) انظر: المغني (١٠/ ٩١)، والشرح الكبير على متن المقنع (١١/ ٣٨٤).
(٣) انظر: الذخيرة (١٠/ ١٢٧)، ومواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٦/ ١١٤).
(٤) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٦٤).
(٥) انظر: شرح أدب القاضي (١/ ٢٦١).

[وَظَائِفُ القَاضِي]

قَالَ: (وَيَنْظُرُ فِي حَالِ المَحْبُوسِينَ) لِأَنَّهُ نُصِّبَ نَاظِرًا (فَمَنْ اعْتَرَفَ بِحَقٍّ أَلْزَمَهُ إِيَّاهُ) لِأَنَّ الإِقْرَارَ مُلْزِمٌ (وَمَنْ أَنْكَرَ: لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُ المَعْزُولِ عَلَيْهِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ) لِأَنَّهُ بِالعَزْلِ التَحَقَ بِالرَّعَايَا، وَشَهَادَةُ الفَرْدِ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ، لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَتْ عَلَى فِعْلِ نَفْسِهِ (فَإِنْ لَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ لَمْ يُعَجِّلْ بِتَخْلِيَتِهِ حَتَّى يُنَادَى عَلَيْهِ وَيَنْظُرَ فِي أَمْرِهِ) لِأَنَّ فِعْلَ القَاضِي المَعْزُولِ حَقٌّ ظَاهِرٌ، فَلَا يُعَجِّلُ كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَى إِبْطَالِ حَقِّ الغَيْرِ.

يسألانه عن أحوال السجلات وكيفياتها، أي: يسألان شيئًا وهما عنها(١).

وَظَائِفُ القَاضِي

قوله: (وينظر) أي: القاضي الحادث **(في حال المُحبَّسين)** وفي أكثر النسخ: **(المحبوسين)**.

قوله: (لم يقبل قول المعزول إلا ببينة) وبه قال الشافعي(٢) ومالك(٣)، وقال أحمد(٤): يقبل قوله بعد العزل كما قبل العزل؛ لأنه أمين الشرع، وعند مالك: لا يقبل قوله قبل العزل إلا بحجة أيضًا.

قوله: (حتى ينادَى عليه) وصفته: أن يأمر كل يوم إذا جلس مناديًا ينادي في محلته: من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس الفلاني بحق فليحضر، ينادي كذلك أيامًا، فإذا حضر وادّعى عليه وهو على جحوده ابتدأ الحكم بينهم، ولا يقبل قول المعزول، وإن لم يحضر خصم أخذ منه كفيلًا بنفسه، ولعله محبوس بحق غائب، وقد قامت عليه أمارة، وهو حبس القاضي المعزول، بخلاف فصل قيمة الميراث عند أبي حنيفة، حيث لا يأخذ الكفيل هناك عند أبي حنيفة، على ما يجيء؛ لأن في مسألة الميراث الحق ظاهر لهذا الوارث، وفي ثبوت حق الآخر شك، فلا يجوز تأخيره لموهوم، أما هاهنا الحق ثابت؛ لحمل فعل القاضي على الصلاح، ولكنه مجهول، فلا يكون أخذ الكفالة لموهوم.

---

(١) كذا في الأصول الخطية.
(٢) انظر: الأم (٦/ ٢٣٤)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/ ٥٨٨).
(٣) انظر: المدونة (٤/ ١٤)، الذخيرة (١٠/ ١٣١).
(٤) انظر: المغني (١٠/ ٥٦)، الشرح الكبير على متن المقنع (١١/ ٤١٧).

(وَيَنْظُرُ فِي الوَدَائِعِ، وَارْتِفَاعِ الوُقُوفِ، فَيَعْمَلُ فِيهِ عَلَى مَا تَقُومُ بِهِ البَيِّنَةُ أَوْ يَعْتَرِفُ بِهِ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ) لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ حُجَّةٌ.

(وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُ المَعْزُولِ) لِمَا بَيَّنَّا (إِلَّا أَنْ يَعْتَرِفَ الَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ أَنَّ المَعْزُولَ سَلَّمَهَا إِلَيْهِ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهَا) لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِإِقْرَارِهِ أَنَّ اليَدَ كَانَتْ لِلْقَاضِي، فَيَصِحُّ إِقْرَارُ القَاضِي كَأَنَّهُ فِي يَدِهِ فِي الحَالِ، إِلَّا إِذَا بَدَأَ بِالإِقْرَارِ لِغَيْرِهِ ثُمَّ أَقَرَّ بِتَسْلِيمِ القَاضِي فَيُسَلِّمُ مَا فِي يَدِهِ إِلَى المُقَرِّ لَهُ الأَوَّلِ لِسَبْقِ حَقِّهِ، وَيَضْمَنُ قِيمَتَهُ لِلْقَاضِي بِإِقْرَارِهِ الثَّانِي، وَيُسَلَّمُ إِلَى المُقَرِّ لَهُ مِن جِهَةِ القَاضِي.

وقيل: أخذ الكفيل هاهنا على الخلاف أيضًا.

وفي المحيط(١): الصحيح أن أخذ الكفيل هاهنا [٢/ ١٨١/ ب] بالاتفاق.

قوله: **(كأنه في يده)** أي: كان المال المقرّ به في يد القاضي المعزول **(في الحال)** ولو كان في يد المعزول عينًا كان تقبل إقراره بما في يده، فكذا يقبل إقراره بما في يد مودِعه؛ لأن يد المودَع كيدِ المودِع **(إلا إذا بدأ بالإقرار لغيره)** ثم أقر بتسلم المعزول إليه، والقاضي المعزول يقول: هو لغيره.

(فيسلم) أي: صاحب اليد إليه **(لسبق حقه)** أي: حق المقر له الأول، ثم يضمن قيمته للمعزول بإقراره الثاني، ثم يسلم القاضي المعزول القيمة إلى من أقر له المعزول.

قال الصدر الشهيد(٢): حاصل ذلك أن المسألة على أربعة أوجه:

إما أن أقر صاحب اليد أنه دفعه إلى المعزول، وقال: إنه لفلان.

أو قال: دفعه إليّ ولا أدري: لمن هو؟ وأنكر ما قاله القاضي المعزول.

أو قال: دفعه إلى المعزول وهو لفلان آخر.

ففي الوجه الأول والثاني يقبل قول المعزول، ويكون المال للمقرّ له؛ لأن المال وصل إلى يده من جهة المعزول، وكان المال في يد المعزول معنى، وإذا أقرّ من في يده المال يُقَبلُ قوله، فكذا هذا.

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٦٤).
(٢) انظر: شرح أدب القاضي (١/ ٢٧٧).

قَالَ: (وَيَجْلِسُ لِلْحُكْمِ جُلُوسًا ظَاهِرًا فِي المَسْجِدِ) كَيْ لَا يَشْتَبِهَ مَكَانُهُ عَلَى الغُرَبَاءِ وَبَعْضِ المُقِيمِينَ، وَالمَسْجِدُ الجَامِعُ أَوْلَى، لِأَنَّهُ أَشْهَرُ.

وفي الوجه الثالث: القول لصاحب اليد، ولا يجب عليه شيء بقول المعزول؛ لالتحاقه بسائر الرعايا.

وفي الوجه الرابع: المسألة على وجهين:

إما أن بدا صاحب اليد بالدفع من المعزول، أو بدا الآخر.

فإن قال: لفلان غير الذي أقرّ له المعزول، ثم قال: دفعه المعزول، ففي الوجه الأول: القول للمعزول، ويؤمر بالدفع إلى من أقرّ له المعزول؛ لأنه لما بدأ بالدفع من المعزول فقد أقر باليد له، فصار كأن المال في يده، ثم أقر أنه لفلان، فلا يصح إقراره.

وفي الوجه الثاني: يؤمر بالدفع إلى من أقرّ له، ويضمن مثله أو قيمته للمعزول، ثم يسلمه المعزول إلى من أقرّ له.

قوله: (لأنه أشهر) أي: المسجد الجامع أشهر المواضع.

قال فخر الإسلام: هذا إذا كان الجامع في وسط البلدة، ولو كان في طرف البلدة يختار مسجدًا في وسط البلدة؛ كيلا يَلحَق الناسَ مشقةُ الذهاب إلى طرف البلد، ويختار مسجد السوق؛ لأنه أشهر.

وفي المبسوط[(١)]: أحبُّ إليَّ أن يقضي حيث تقام جماعة الناس، يعني في المسجد الجامع أو غيره من مساجد الجماعات؛ لأن ذلك يكون عن التهمة أبعد، وبه قال مالك[(٢)].

وذكر الصدر الشهيد[(٣)] قول مالك على التفصيل بأن قال: إن كان في المسجد فتقدم إليه الخصمان لا بأس به، وإن تعمّد القضاء فيه يكره، ولكن في المشهور من كتبهم: أنه لا يكره وإن تعمّد القضاء في المسجد؛ لما أنه عليه السلام

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٦/ ٨٢).

(٢) انظر: المدونة (٤/ ١٣).

(٣) انظر: شرح أدب القاضي (١/ ٢٩٧).

وقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُكْرَهُ الجُلُوسُ فِي المَسْجِدِ لِلْقَضَاءِ، لِأَنَّهُ يَحْضُرُهُ المُشْرِكُ وَهُوَ نَجِسٌ بِالنَّصِّ، وَالحَائِضُ وَهِيَ مَمْنُوعَةٌ عَنْ دُخُولِهِ. وَلَنَا: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِنَّمَا بُنِيَتْ المَسَاجِدُ لِذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى وَالحُكْمِ». «وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَفْصِلُ الخُصُومَةَ فِي مُعْتَكَفِهِ» وَكَذَا الخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ كَانُوا يَجْلِسُونَ فِي المَسَاجِدِ لِفَصْلِ الخُصُومَاتِ، وَلِأَنَّ القَضَاءَ عِبَادَةٌ فَيَجُوزُ إِقَامَتُهَا فِي المَسْجِدِ كَالصَّلَاةِ.

وَنَجَاسَةُ المُشْرِكِ فِي اعْتِقَادِهِ لَا فِي ظَاهِرِهِ، فَلَا يَمْنَعُ مِن دُخُولِهِ، وَالحَائِضُ تُخْبِرُ بِحَالِهَا فَيَخْرُجُ القَاضِي إِلَيْهَا، أَوْ إِلَى بَابِ المَسْجِدِ، أَوْ يَبْعَثُ مَنْ يَفْصِلُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ خَصْمِهَا، كَمَا إِذَا كَانَتْ الخُصُومَةُ فِي الدَّابَّةِ. وَلَوْ جَلَسَ فِي دَارِهِ لَا بَأْسَ بِهِ، وَيَأْذَنُ لِلنَّاسِ بِالدُّخُولِ فِيهَا، وَيَجْلِسُ مَعَهُ مَنْ كَانَ يَجْلِسُ قَبْلَ ذَلِكَ لِأَنَّ فِي جُلُوسِهِ وَحْدَهُ تُهْمَةً.

كان يحكم في مُعتَكَفِه، وكذا الخلفاء الراشدون، والسلف من الصحابة والتابعين في المساجد، وبه قال أحمد(١) أيضًا.

وفي المبسوط(٢): ولا يقضي وهو يمشي أو يسير على الدابة؛ لأنه عند ذلك لا يكون معتدل الحال، وقلبه مشغولًا بما هو فيه من المشي والسير، ولا يتفرغ للنظر في الحُجَج، ولأنه نوع من الاستخفاف ظاهرًا وباطنًا.

ولا بأس بأن يتكئ ويقضي؛ لأن التُّكَأَة نوع جِلسة، كالتربع وغيره، وطباع الناس في الجلوس مختلفة.

وينبغي ألا يقضي وهو غضبان، أو فرحان في غاية الفرح، أو جائع أو عطشان، ولا مهموم، ولا في حالة غلبة النعاس، ولا في حر وبرد مزعج مؤلم، ولا حاقن، فالحاصل أنه لا يقضي في حال شغل قلبه بشيء من ذلك بلا خلاف.

أصله قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «**لا يَقْضِي القَاضِي وهوَ غَضْبَانُ**»(٣) معلول؛ لشغل القلب.

قوله: (تهمة) أي: تهمة الرشوة أو الظلم، وقد روي أن عثمان ما يحكم حتى يحضر أربعة من الصحابة.

---

(١) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٢٨)، والمغني (١٠/ ٤١).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٦/ ٨٢).

(٣) أخرجه البخاري (٩/ ٦٥ رقم ٧١٥٨)، ومسلم (٣/ ١٣٤٢ رقم ١٧١٧) من حديث أبي بكرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

قَالَ: (وَلَا يَقْبَلُ هَدِيَّةً إِلَّا مِن ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ، أَوْ مِمَّنْ جَرَتْ عَادَتُهُ قَبْلَ الْقَضَاءِ بِمُهَادَاتِهِ) لِأَنَّ الأَوَّلَ: صِلَةُ الرَّحِمِ، وَالثَّانِيَ: لَيْسَ لِلْقَضَاءِ، بَلْ جَرَى عَلَى العَادَةِ، وَفِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ يَصِيرُ آكِلًا بِقَضَائِهِ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ لِلْقَرِيبِ خُصُومَةٌ لَا يَقْبَلُ هَدِيَّتَهُ، وَكَذَا إِذَا زَادَ المُهْدِي عَلَى المُعْتَادِ، أَوْ كَانَتْ لَهُ خُصُومَةٌ، لِأَنَّهُ لِأَجلِ القَضَاءِ فَيَتَحَامَاهُ.

ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم؛ لما روي أن الخلفاء الراشدين كانوا يُحضِرون عبد الرحمن بن عوف ومعاذ بن جبل وأبي بن كعب وزيد بن ثابت، وأبو بكر يُحضِر عمر وعثمان وعليًّا أيضًا، حتى قال أحمد: يحضر مجلسه الفقهاء من أهل كل مذهب، ويشاورهم فيما يشكل عليه.

قوله: (فيتحاماه) أي: يتحرز، ولا خلاف لأهل العلم فيه.

وفي المبسوط(١): الهدية في الشرع مندوب، قال ﷺ: «**نِعْمَ الشَّيْءُ الْهَدِيَّةُ إِذَا دَخَلَتْ الْبَابَ ضَحِكَتْ الْأُسْكُفَّةُ**»(٢) وقال ﷺ: «**الْهَدِيَّةُ تُذْهِبُ وَحَرَ الصَّدْرِ**»(٣)، أي: غشّه، والوعد يوقظ الغيظ في الصدر، وقال ﷺ: «**تَهَادَوْا تَحَابُّوا**»(٤) ولكن هذا في حق من لم يتعيّن لعمل من أعمال المسلمين، فأما من يتعين [١٨٢/أ] لذلك، كالقاضي والوالي، فعليه التحرز عن قبول الهدية، خصوصًا ممن كان لا يهدي قبل ذلك؛ إذ هو نوع من الرشوة والسُحتُ.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٦/ ٨٢).

(٢) أخرجه الطبراني (٣/ ١٣٣، رقم ٢٩٠٣) من حديث الحسين بن علي رضي الله عنهما.
قال الهيثمي: فيه يحيى بن سعيد العطار، وهو ضعيف. مجمع الزوائد (٤/ ١٤٧).

(٣) أخرجه الترمذي (٤/ ٩، رقم ٢١٣٠)، وأحمد (٢/ ٤٠٥، رقم ٩٢٣٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
قال الترمذي: غريب من هذا الوجه، وأبو معشر اسمه نجيح مولى بني هاشم وقد تكلم فيه بعض أهل العلم من قبل حفظه.

(٤) أخرجه البخاري في الأدب المفرد (٥٩٤)، وأبو يعلى في المسند (١١/ ٩ رقم ٦١٤٨)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٦٩ رقم ١٢٢٩٧) عن أبي هريرة رضي الله عنه.
قال العراقي: البخاري في كتاب الأدب المفرد، والبيهقي من حديث أبي هريرة بسند جيد. تخريج أحاديث الإحياء (١٤٥٣)، وقال ابن حجر: رواه البخاري في الأدب المفرد، وأبو يعلى بإسناد حسن. بلوغ المرام (٩٤٢).

(وَلَا يَحْضُرُ دَعْوَةً إِلَّا أَنْ تَكُونَ عَامَّةً)، لِأَنَّ الخَاصَّةَ لِأَجْلِ القَضَاءِ فَيُتَّهَمُ بِالإِجَابَةِ، بِخِلَافِ العَامَّةِ، ....

واستعمل عمر أبا هريرة فَقَدِمَ بمال، فقال: من أين لك؟ قال: تلاحقت الهدايا، فقال: أيْ عدوَّ الله، هلَّا قعدت في بيتك فَتَنظُرَ: أَيُهدَى إليك أم لا! فأخذ ذلك منه، فجعله في بيت المال.

وحديث ابن اللُّتْبِيَّةِ الأزدية على الصدقة معروف متفق عليه(١).

(إلا ممن عادته)؛ لأن تعليل النبي ﷺ دليل على أن تحريم الهدية التي سببها الولاية، ولهذا لو زاد المهدي على المعتاد، أو كانت له خصومة يكره بالإجماع، إلا عند الشافعي(٢) إذا أخذ الهدية ممن لا يجوز أخذها منه ـ كان حرامًا كالرشوة، وعندنا: كان مكروهًا.

قال فخر الإسلام: لو زاد مال المهدي قبل القضاء فزاد في الهدية بعده لا بأس به، ولكن الأولى ألا يقبل.

ثم إذا أخذ الهدية ممن لا يجوز الأخذ منه ـ اختلف المشايخ فيه:

قيل: يضعها في بيت المال، كما روينا من حديث عمر، وبه قال الشافعي في وجه، وعامة المشايخ قال: يردها على أربابها إن عَرف المهديّ، وبه قال الشافعي في وجه آخر، أشار محمد في السير الكبير: وإن لم يعرف أو كان المهدي بعيدًا حتى تعذّر الرد عليه ـ حكمها حكم اللقطة، يضعها في بيت المال؛ لأنه أخذها لعمله، وفي عمله نائب عن المسلمين، فكانت الهدايا من حيث المعنى للمسلمين.

قوله: (بخلاف العامة) فإن القاضي لا يكون مقصودًا، ولأنه ﷺ كان يقضي بين الناس ويجيب الدعوة، وكان يقول: «**مَنْ لَمْ يَجِبِ الدّعوَةَ فَقَدْ عَصَى أَبَا القَاسِمِ**»(٣).

---

(١) أخرجه البخاري (٩/ ٢٨ رقم ٦٩٧٩)، ومسلم (٣/ ١٤٦٣ رقم ١٨٣٢) من حديث أبي حميد الساعدي رضي الله عنه.
(٢) انظر: الأم (٦/ ٢٣٢)، والحاوي الكبير (١٦/ ٢٨٦).
(٣) المبسوط للسرخسي (١٦/ ٨١).

وَيَدْخُلُ فِي هَذَا الجَوَابِ: قَرِيبُهُ، وَهُوَ قَوْلُهُمَا. وَعَنْ مُحَمَّدٍ ﷺ: أَنَّهُ يُجِيبُهُ وَإِنْ كَانَتْ خَاصَّةً كَالهَدِيَّةِ(*)، وَالخَاصَّةُ مَا لَوْ عَلِمَ المُضِيفُ أَنَّ القَاضِيَ لَا يَحْضُرُهَا لَا يَتَّخِذُهَا. قَالَ: (وَيَشْهَدُ الجِنَازَةَ وَيَعُودُ المَرِيضَ) لِأَنَّ ذَلِكَ مِن حُقُوقِ المُسْلِمِينَ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لِلْمُسْلِمِ عَلَى المُسْلِمِ سِتَّةُ حُقُوقٍ» ....

قوله: (لا يحضرها) أي: الدعوة **(لا يتخذها)** أي: الدعوة، وإن كان يتخذها وإن لم يحضرها فهي عامة، هذا اختيار شمس الأئمة السرخسي[١].

قال القدوري وأبو علي النسفي: دعوة العامة عرس وختان، وما سوى ذلك خاصة.

وقيل: في الحد الفاصل إن جاوز العشرة فهي عامة.

قال أبو اليسر في مبسوطه يجيب دعوة العامة إلا أن يكون المضيف خصمًا، فينبغي ألا يجيب، وكذا في العبادة؛ لأن ذلك يؤدي إلى إيذاء الخصم الآخر إلى التهمة.

قوله: (ويدخل في هذا الجواب) وهو ألا يدخل الخاصة **(قريبه، وهو قولهما)** ذكره الطحاوي[٢]، وعند محمد يجيب الخاصة في القريب، وذكر الخصاف: يجيب دعوة الخاص لقريبه بلا خلاف؛ لأن إجابته دعوته صلة الرحم.

قال شيخ الإسلام: بين قبول الهدية في القريب وبين الدعوة ما الفرق؟ فإنه قال: يقبل الهدية مطلقًا، ولم يفصل بين جري العادة وغيره، وفي الدعوة فصل بين العامة والخاصة كما ذكر في المتن.

قالوا: ما ذكر في الضيافة محمول على ما إذا كان ذا رحم محرَم لم يجر بينهما الدعوة والمهاداة [وصلة القرابة، وأحدث بعد القضاء، فإذا كانت الحالة هذه فهو كالأجنبي، وما ذكر في الهدية: (ويقبل من ذي رحم محرم) على أنه

(*) الراجح: قول محمد.

(١) المبسوط للسرخسي (١٦/ ٨١).

(٢) انظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٨/ ١٦).

وَعَدَّ مِنهَا هَذَيْن.

(وَلَا يُضَيِّفُ أَحَدَ الخَصْمَيْنِ دُونَ خَصْمِهِ) ....

كان جرى بينهما المهاداة][1] وصلة القرابة قبل القضاء، فإذا أهدى بعد القضاء لا بأس بقبوله، وعند الشافعي[2] يحضر الولائم بغير الخصم، وبه قال أحمد[3]، وقال مالك[4]: لا يحضر الخاصة، ويحضر العامة إن شاء، وتركُها أفضل إن كانت وليمة النكاح، ولغير النكاح كره، ذكره في الجواهر[5].

وفي الحلية[6]: اختلف أصحابنا فيمن ولي أمرًا من أمور المسلمين، كالقضاة والأئمة في حضور الولائم على ثلاثة أوجه: أحدها: أنه كغيرهم، والثاني: أنه سقط فرض الإجابة، والثالث: إن كان مرتزقًا لم يحضر، وإلا يحضر.

قوله: (وعد منها) أي: من الستة **(هذين)** وحق المسلم لا يسقط بتقلد، ولأن هذا اعتاده، وبالتقلد لا يمنع، لكنه لا يطيل مكثه في ذلك المجلس.

وفي تنبيه الغافلين: روى أبو أيوب الأنصاري عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**لِلْمُسْلِمِ عَلَى المُسْلِمِ سِتّ خِصالٍ واجبةٍ، إن تَرَكَ شَيئًا منها فَقَدْ تَرَكَ حقًّا واجبًا عَلَيْه، إذَا دَعَاهُ أنْ يُجِيبه، وإذَا مَرِضَ أن يعودَه، وإذا مَاتَ أن يَحضُرَه، وإذا لقيه أن يُسلِّمَ عليهِ، وإذَا اسْتَنصَحَه أن ينصَحَهُ، وإذَا عَطَس أن يُشمّتَهُ**»[7].

قوله: (ولا يضيف أحد الخصمين) لما رُوي عن عليٍّ أنه نزل به رجل، فقال: ألك خصم؟ قال: نعم، قال: تَحَوَّلْ عنا، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «**لا تُضِيفوا أحدًا إلا ومَعَه خَصْمُهُ**».

وفي **قوله: (أحد الخصمين)** إشارة إلى أنه لو أضافهما لا بأس به،

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) انظر: الأم (٦/ ٢٢٠)، ونهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/ ٤٧٠).
(٣) انظر: المغني (١٠/ ٧٠)، والشرح الكبير على متن المقنع (١١/ ٤٠٥).
(٤) انظر: الذخيرة (١٠/ ٨١)، وعقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠١٢).
(٥) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠١٢).
(٦) حلية العلماء (٣/ ١١٦٣، ١١٦٤).
(٧) تنبيه الغافلين بأحاديث سيد المرسلين للسمرقندي (١/ ٣٨٤ برقم ٥٧٨).

لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ ذَلِكَ، وَلِأَنَّ فِيهِ تُهْمَةً. قَالَ: (وَإِذَا حَضَرَا سَوَّى بَيْنَهُمَا فِي الجُلُوسِ وَالإِقْبَالِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِذَا أُبْتُلِيَ أَحَدُكُمْ بِالقَضَاءِ فَلْيُسَوِّ بَيْنَهُمْ فِي المَجْلِسِ وَالإِشَارَةِ وَالنَّظَرِ» (وَلَا يُسَارَّ أَحَدَهُمَا وَلَا يُشِيرُ إِلَيْهِ وَلَا يُلَقِّنُهُ حُجَّةً) لِلتُّهْمَةِ، وَلِأَنَّ فِيهِ مَكْسَرَةً لِقَلْبِ الآخَرِ فَيَتْرُكُ حَقَّهُ (وَلَا يَضْحَكُ فِي وَجْهِ أَحَدِهِمَا) لِأَنَّهُ يَجْتَرِئُ عَلَى خَصْمِهِ ....

وبه صرح في المبسوط[1]؛ لما روينا من حديث عليٍّ، ولا خلاف فيه.

(لأن [٢/ ١٨٢/ ب] **فيه تهمة)** أي: تهمة الميل.

قوله: («وإِذَا أُبْتُلِيَ أَحَدُكُمْ») الحديث، وروت أم سلمة أنه ﷺ قال: «**مَن ابتلِيَ بالقضَاءِ بَيْنَ المُسْلِمِين فَلَيَعْدُلْ بَيْنَهُم في لَحظِهِ وإشَارَتِهِ ومَقْعَدِهِ، وَلا يَرْفَعَن صَوْتَهُ عَلَى أَحَدِ الخَصمَيْنِ ما لا يَرْفعُه عَلَى الآخرِ**» رواه ابن أبي شيبة في كتاب قضاة البصرة[2].

وكتب عمر إلى أبي موسى: وسو بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك[3].

والمستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسهما بين يديه.

عن عبد الله بن المبارك، عن مصعب بن ثابت: أن عبد الله بن الزبير خاصمه عمرو بن الزبير إلى سعيد بن العاص، وهو على السرير، قد أجلس عمرو بن الزبير على السرير، فلما جاء عبد الله بن الزبير وسّع له سعيد من شقه الآخر، فقال: هنا، فقال عبد الله: الأرض الأرض «**قضى رسول الله ـ أو قال: سنة رسول الله ـ أن يجلسَ الخصمانِ بينَ يدي القاضِي**». رواه أبو داود[4].

ولا يجلس أحدهما على يساره والآخر عن يمينه؛ لأن لليمين فضلًا على

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٦/ ٧٥، ٧٦).
(٢) أخرجه أبو يعلى في المسند (١٠/ ٢٦٤ رقم ٥٨٦٧).
قال الهيثمي: رواه أبو يعلى، والطبراني في الكبير باختصار، وفيه عباد بن كثير الثقفي وهو ضعيف. مجمع الزوائد (٤/ ١٩٧).
(٣) انظر: ترتيب الأمالي الخميسية للشجري (٢/ ٣٢٦).
(٤) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٠٢ رقم ٣٥٨٨) من حديث عبد الله بن الزبير رضي الله عنه.

....

اليسار، ألا ترى أن يمين النبي ﷺ لأبي بكر ويساره لعمر وكان ذلك لإظهار فضل أبي بكر.

وفي المغني والنوازل والفتوى الكبرى: خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه؛ ينبغي للقاضي أن يقوم من مقامه، ويجلس خصم السلطان فيه ويقعد هو على الأرض، ثم يقضي بينهما حتى لا يكون مفضّلًا أحدهما.

وهذه المسألة تدل على أن القاضي يصلح قاضيًا على السلطان الذي قلده، والدليل عليه قصة عليٍّ عند شريح، فإن شريحًا قام عن مجلسه وأجلس عليًّا مجلسه.

قال المرغيناني[1]: ينبغي للقاضي أن يسوي بينهما في المجلس، وينبغي للخصمين أن يجثوا بين يدي القاضي، ولا يتربعان ولا يُقْعِيان، ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيمًا للحكم، كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم تعظيمًا للمعلم، وينبغي أن يكون جلوسهما بين يديهِ بمقدار ذراعين أو نحو ذلك بحيث يسمع كلامهما من غير أن يرفعا أصواتهما.

وينبغي للقاضي أن يسند ظهره إلى المحراب، وهذا رسم زماننا، أما في زمن الخصاف وغيره يجلس القاضي مستقبل القبلة، وهو مستحب عند الأئمة الثلاثة[2]، ورسم زماننا أحسن؛ لأنه موافق لفعله ﷺ، ويقف أعوان القاضي بين يديه؛ ليكون أهيب في أعين الناظرين.

وفي المبسوط[3]: كل ما يمكن فيه مراعاة التسوية فعليه أن يسوي بينهما؛ لما روي أنه ﷺ كان يسوي في القَسْم بين نسائه ثم يقول: «**اللّهُمّ هَذا فيمَا أمْلِكُ**»، الحديث[4].

---

(١) انظر: بداية المبتدئ (١/ ١٤٩).

(٢) انظر: الذخيرة (١٠/ ٦٠)، ومواهب الجليل شرح مختصر خليل (٦/ ١١٤)، والحاوي الكبير (١٦/ ٣٤)، وروضة الطالبين (١١/ ١٣٨)، والكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٣٤)، والمغني (١٠/ ٤٢).

(٣) المبسوط للسرخسي (١٦/ ٧٦).

(٤) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٤٢ رقم ٢١٣٤)، والترمذي (٢/ ٤٣٧ رقم ١١٤٠)، والنسائي (٧/ ٦٣ =

....

وإذا حضرا فالقاضي بالخيار؛ إن شاء ابتدأهما فقال: مالكما؟ وإن شاء تركهما حتى يبتدئا بالمنطق، وبعض القضاة يختار السكوت حتى يبتدئا؛ لأن في ابتداء القاضي تهييجًا للخصومة، فالقاضي لرفعه ودفعه.

وقلنا: الرأي في ذلك للقاضي؛ إذ حشمة مجلس القضاء قد يمنعهما عن الكلام ما لم يبتدئ القاضي فلا يكون تهييجًا للخصومة، ولكن لا يكلمهما بشيء آخر سوى ما تقدما بين يديه، مع أن السلام سُنة، فإذا تكلم المُدّعي أسكت الآخر، واستمع من المدّعي حتى يفهم حجّته؛ لأن في تكلمهما معًا لا يفهم كلام واحد، ولأن في تكلمهما شغب، وبه تنتقص حشمة مجلس القضاء، ويستنطق الآخر وإن لم يسأل المدعي ذلك.

واختار بعض القضاة أنه لا يستنطقه إلا بعد سؤال المدعي؛ لكن يتفكر بعد الدعوى في دعواه، فإن لم تكن صحيحة يقول له: قم صحح دعواك؛ إذ الدعوى الفاسدة لا تستحق الجواب، ولو صحح دعواه قبله يقول له: أخبرني ما أصنع، فإن قال: أريد جوابه فسأله عن ذلك ـ حينئذ يستنطق الآخر، والأصح عندنا أن يستنطق الآخر وإن لم يلتمس المُدّعي؛ لأن المدعي ما أحضر خصمه إلا لذلك، فلا يحتاج إلى الْتماس آخر.

ولا ينبغي للقاضي أن يُلَقن لأحدهما حجته، وينبغي أن يقدم النساء على حدة والرجال على حدة؛ لأن اختلاط النساء بالرجال مكروه، وهذا إذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلا يجد بُدًّا من أن يقدمهن مع الرجال، واختار محمد أن يقدم الناس على منازلهم الأول بالأول، ويضع على ذلك أمينًا من قِبَله ليعرف السابق، وينبغي أن يبتكر الأمين على باب القاضي ليعلم منازل الناس، وينبغي أن يكون أمينًا لا يطمع ولا يرتشي؛ لأن ذلك من عمل القضاء، فكما لا يطمع هو فيما يقضي فكذا أمينه، ولو أشكل [٢/ ١٨٣/أ] السابق منهم يقرع

= رقم ٣٩٤٣)، وابن ماجه (١/ ٦٣٣ رقم ١٩٧١)، والحاكم (٢/ ١٨٧ رقم ٢٧٦١) عن عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا.

قال الترمذي: المرسل أصح، وصححه الحاكم، وقال ابن حجر: وأعله النسائي، والترمذي، والدارقطني بالإرسال، وقال أبو زرعة لا أعلم أحداً تابع حماد بن سلمة على وصله. تلخيص الحبير (٣/ ٢٩٥)، وصححه ابن الملقن في البدر المنير (٧/ ٤٨١).

(وَلَا يُمَازِحُهُمْ وَلَا وَاحِدًا مِنهُمْ) لِأَنَّهُ يُذْهِبُ بِمَهَابَةِ القَضَاءِ.

بينهم، كما في السفر مع النساء، وعندنا يجوز أن يقدم الغرباء.

وذكر الصدر الشهيد[١] وصاحب المغني والمحيط[٢]: وينبغي إذا جلس القاضي للحكم أن يقوم بين يديه رجل يمنع الناس عن التقدم إليه يقال له: الجلواز، وصاحب المجلس، وينبغي أن يكون مع الجلواز سوْط، وينبغي أن يكون أمينًا.

والجلواز: من الجلوزة، وهي المنع.

وعن ابن عمر أنه كان إذا سافر استصحب رجلًا به سوء الأدب، فقيل له في ذلك، فقال: أمَا علمت أن الشر بالشر يدفع، ولا خلاف في جميع ما ذكرنا.

قوله: (ولا يمازحهم) أي: لا يمازح معهما **(ولا واحدًا منهم)** ولا غيرهما **(لأنه)** أي: المزاح مع أحد **(يذهب بمهابة القضاء)** ولهذا قيل: ينبغي أن يكون عبوسًا متواضعًا في أفعاله.

وفي جواهر المالكي[٣]: ولا ينبغي للقاضي أن يتضاحك مع الناس، ويستحب أن يكون فيه عبوسة بغير غضب، وأن يلتزم التواضع في غير وهن ولا ضعف ولا ترك شيء من الحق، وينبغي أن يتخذ كاتبًا أمينًا عارفًا بما يكتبه القضاة من المحاضر والسجلات والأحكام؛ لما روى أنه عليه السلام **اسْتَكْتَبَ زيدًا وغيره**[٤]، ولأن الحاكم تكثر أشغاله.

وفي المحيط[٥]: ينبغي أن يتخذ كاتبًا عفيفًا صالحًا مسلمًا حرًّا عدلًا أمينًا، ويقعده حيث يرى ما يكتب، ويكتب خصومه كل منهما، وشهادة شهودهما في صحيفة، وهي المحضر، ولا خلاف فيه، وعن الشافعي[٦] في وجه: إسلام الكاتب ليس بشرط.

---

(١) انظر: شرح أدب القاضي (٢/ ٧٩، ٨٠). (٢) انظر: المحيط البرهاني (٨/ ٣٠).
(٣) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠١٢).
(٤) أخرجه البخاري (٦/ ٧١ رقم ٤٦٧٩) من حديث زيد بن ثابت الأنصاري رضي الله عنه.
(٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٢٢).
(٦) انظر: الأم (٦/ ٢٢٧)، والحاوي الكبير (١٦/ ١٩٩).

قَالَ: (وَيُكْرَهُ تَلْقِينُ الشَّاهِدِ) وَمَعْنَاهُ: أَنْ يَقُولَ لَهُ أَتَشْهَدُ بِكَذَا وَكَذَا، وَهَذَا لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ لِأَحَدِ الخَصْمَيْنِ فَيُكْرَهُ كَتَلْقِينِ الخَصْمِ. وَاسْتَحْسَنَهُ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ(*) فِي غَيْرِ مَوْضِعِ التُّهْمَةِ، لِأَنَّ الشَّاهِدَ قَدْ يَحْصُرُ لِمَهَابَةِ المَجْلِسِ، فَكَانَ تَلْقِينُهُ إِحْيَاءً لِلْحَقِّ

قوله: (تلقين الشاهد) أي: يكره أن يقول القاضي للشاهد شيئًا يستفيد الشاهد به علمًا؛ بل يدع الشاهد حتى يشهد بما عنده، ولا خلاف للأئمة الثلاثة[1] إلا عن الشافعي[2] في وجه كما قال أبو يوسف.

والخلاف فيمن استولته الحيرة أو الهيبة، وترك شرطًا من شرائط الشهادة، فيعينه القاضي بقوله: أتشهد بكذا وكذا، ولا يقول له: اشهد بكذا، أما إذا كان في موضع التهمة بأن ادعى المُدّعِي ألفًا وخمسمائة والمُدّعَى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بالألف، فالقاضي يقول: يحتمل أنه أبرأ الخمسمائة، واستفاد الشاهد علمًا بذلك، ووفقه في شهادته كما وفق القاضي، فهذا لا يجوز بالاتفاق، كما في تلقين أحد الخصمين.

قوله: (واستحسنه أبو يوسف في غير موضع التهمة)، وقد بيّنا موضع التهمة.

وفي المبسوط[3]: ما قالا عزيمةٌ؛ لأن القاضي منهي عن اكتساب ما يجر إليه تهمة الميل، وما يكون فيه إعانة لأحد الخصمين إما صورة أو معنى، وتلقين الشاهد لا يخلو من ذلك، ومذهب أبي يوسف رخصه، فإنه لما ابتلي بالقضاء شاهد من التحير عند أداء الشهادة، فإن لمجلس القاضي هيبة وللقاضي حشمة، ومن لم يقتدر على التكلم في مثل هذا المجلس يتعذر عليه البيان إذا لم يُعنِه القاضي على ذلك، فيكون ذلك من باب التعاون على أداء الشهادة، قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة:٢]، وقال ﷺ: «**أكْرِمُوا الشُّهودَ فإنّ الله تعالى يُحيي بِهِم الحُقُوقَ**»[4]، وهذا القدر من التلقين يرجع إلى إكرامه.

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

(١) انظر: الذخيرة (١٠/ ١٧٤)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٨١)، الأم (٦/ ٢٣٢)، الحاوي الكبير (١٦/ ٢٧٨)، الكافي فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٣٥)، المغني (١٠٧٣).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ١٧٨). (٣) المبسوط للسرخسي (١٦/ ٨٧).

(٤) أخرجه العقيلي في الضعفاء (١/ ٦٤)، وقوام السنة في الترغيب والترهيب (١/ ١٦١ رقم ١٩٩)، =

بِمَنْزِلَةِ الإِشْخَاصِ وَالتَّكْفِيلِ.

قوله: (بمنزلة الإشخاص)، وهو إرسال شخص ليحضر خصمه، يقال: شخص من بلد إلى بلد شخوصًا، أي: ذهب، من حدِّ (منع) وأشخصه غيره.

فتأخر دليل أبي يوسف، وتسمِيَته بالاستحسان دليل على أن مختار المصنف قول أبي يوسف.

وفي المحيط[(١)]: ولو رأى القاضي التفريق في الشهود في موضع التهمة جاز له التفريق بينهما.

وذكر الخصاف: ولا ينبغي للشاهد أن يبتدأ بالشهادة حتى يقول القاضي: بم تشهد؟

وقال الطحاوي[(٢)]: لا بأس به.

وفي فتاوى قاضي خان[(٣)]: لا ينبغي للقاضي أن يبيع ويشتري بنفسه، بل يفوض ذلك إلى غيره، وبه قالت الأئمة الثلاثة[(٤)]؛ لما روي أنه عليه السلام قال: «**مَا عَدْلَ والٍ اتّجَرَ فِي رَعِيَّتِهِ**».

وشرط شريح على عمر حين ولاه ألا أبيع، ولا أشتري، [ولا أرتشي][(٥)]، ولا أقضي حين أكون غضبان.

وعن ابن الماجشون المالكي[(٦)]: وينبغي أن يتنزه عن طلب الحوائج والعواري من الماعون والدابة وما أشبه ذلك، وعن محمد: لا بأس بأن يبيع ويشتري في غير مجلس القضاء، وعن أحمد[(٧)]: يستحب أن يوكل من لا يعرف

= وابن الجوزي في العلل المتناهية (٢/ ٢٧٥ رقم ١٢٦٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
قال العقيلي: حديث غير محفوظ، ولا أصل له، وضعفه ابن الجوزي، وضعفه أيضًا ابن الملقن في البدر المنير (٩/ ٦١٩).

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٦٣).
(٢) شرح مختصر الطحاوي (٨/ ٣٤).
(٣) فتاوى قاضي خان (٢/ ٢٨٩).
(٤) انظر: الذخيرة (١٠/ ٨٣)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٦/ ١١٩)، الأم (٦/ ٢٢٠)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/ ٤٧٠)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٢٧)، الشرح الكبير على متن المقنع (١١/ ٤٠٤).
(٥) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٦) انظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠١٢).
(٧) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٢٧)، الشرح الكبير على متن المقنع (١١/ ٤٠٤).

أنه وكيله؛ لما روينا، وينبغي ألا يرد سلام الخصمين؛ إذ لا يجب عليه ردّ سلامهما، ولو رد ينبغي ألا يزيد على قوله: وعليكم، ويرد السلام على الشاهد.

وينبغي أن يخرج القاضي في أحسن ثيابه، ولو كان فقيرًا فالأولى أن يأخذ رزقه من بيت المال؛ بل يفترض عليه، وإن كان غنيًّا تكلموا فيه، والأولى ألا يأخذ من [٢/ ١٨٣/ ب] بيت المال.

وفي المحيط[(١)]: يكره للقاضي أن يفتي في مجلس حكمه، وفي غيره لا بأس به. وقيل: يكره أيضًا، وقال مالك[(٢)]: لا يفتي أحد الخصمين دون الآخر.

فَصْلٌ فِي الحَبْسِ

لمّا ذكر القضاء، والحبس من أنواعه، وله أحكام كثيرة أفرده بفصل على حدة.

والحبس مشروع بالكتاب، قال تعالى: ﴿أَوْ يُنفَوْا مِنَ ٱلْأَرْضِۚ﴾ [المائدة: ٣٣] والمراد: الحبس.

وبالسنة، لما روى أنه ﷺ «**حَبَسَ رَجُلًا بِالتُّهمَةِ**»[(٣)] وروي أن رجلًا من جهينة أعتق شقصًا له في مملوك حبسه حتى باع فيه غنمه.

وبالإجماع[(٤)] أيضًا، وفي زمن النبي ﷺ وأبي بكر لم يكن سجن، يحبس في المسجد والدهليز أو حيث أمكن، حتى اشترى عمر دارًا بمكة بأربعة آلاف درهم، واتخذه محبسًا.

وقيل: لم يكن في زمن عمر وعثمان أيضًا إلى زمن علي فاتخذ سجنًا، وهو أول سجن حدث في الإسلام.

والمحبوس في الدين لا يخرج لرمضان، ولا لفطرة، ولا أضحى،

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٢٨).

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (١٣/ ١٠١٢)، ومواهب الجليل شرح مختصر خليل (٦/ ١١٨).

(٣) أخرجه أبو داود (٣/ ٣١٤ رقم ٣٦٣٠)، والترمذي (٣/ ٨٠ رقم ١٤١٧)، والنسائي في الكبرى (٧/ ٨ ٧٣٢١)، والحاكم (٤/ ١٠٢ رقم ٧٠٦٣) من حديث معاوية بن حيدة رضي الله عنه.
قال الترمذي: حديث حسن، وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(٤) انظر: الإقناع لابن المنذر (٢/ ٥٦٥)، نقد مراتب الإجماع لابن تيمة (١/ ٢٩٣).

قَالَ: (وَإِذَا ثَبَتَ الحَقُّ عِنْدَ القَاضِي، وَطَلَبَ صَاحِبُ الحَقِّ حَبْسَ غَرِيمِهِ، لَمْ يُعَجِّلْ بِحَبْسِهِ، وَأَمَرَهُ بِدَفْعِ مَا عَلَيْهِ) لِأَنَّ الحَبْسَ جَزَاءُ المُمَاطَلَةِ فَلَا بُدَّ مِن ظُهُورِهَا، وَهَذَا إِذَا ثَبَتَ الحَقُّ بِإِقْرَارِهِ، لِأَنَّهُ لَمْ يَعْرِفْ كَوْنَهُ مُمَاطِلًا فِي أَوَّلِ الوَهْلَةِ، فَلَعَلَّهُ

ولا لجمعة، ولا لجماعة صلاة مكتوبة، ولا لحجة فريضة، ولا لحضور جنازة بعض أهله، وإن أعطى كفيلًا بنفسه؛ لأن الحبس شُرِعَ ليضجر فيسارع إلى قضاء الدين، وإنما يلحقه الضجر إذا منع من الخروج أصلًا؛ ولهذا قالوا: ينبغي أن يحبس في موضع خشن، ولا يبسط له فراش ولا وطاء، ولا يدخل عليه أحد ليستأنس به.

وسُئِلَ محمد عن المحبوس لو مات والده أو ولده، هل يخرج؟ قال: لا، إلا ألا يجد من يكفنه ويغسله فيخرج، فإذا وجد لا يخرج؛ لأن حق المَيت يصير مقامًا بغيره، وحق الطالب في الحبس، وقيل: يخرج بكفيل لجنازة الوالدَيْن والأجداد والجدات والأولاد، وفي غيرهم لا، وعليه الفتوى[(١)].

ولو مرض في السجن فأَضْناهُ إن كان له خادم يخدمه ولا يخرج، حتى قال محمد: لو مات من المرض لا يخرج، وإن لم يكن له من يخدمه أخرجوه واحتسبوا عليه، ولا يمنع من الطعام والشراب، ولو احتاج إلى الجماع تدخل عليه زوجته أو جاريته فيطأها حيث لا يطّلع عليه أحد.

وقيل: يمنع من دخول زوجته وجاريته عليه؛ لأن اقتضاء شهوة الفرج ليس من أصول الحوائج، ولا يُمنع من دخول أهله وجيرانه عليه؛ لأنه يحتاج إلى دخولهم ليشاورهم في قضاء الدين، ولكن لا يمكّنون من أن يمكثوا طويلًا، والمال غير مقدر في الحبس، حتى يحبس في الدرهم وفي أقل منه؛ لأن المانع عما دونه ظالم. كذا في المبسوط[(٢)] وأدب القاضي للصدر الشهيد[(٣)] والذخيرة[(٤)] والمغني.

قوله: (أول الوهلة) يقال: لقيته أول وهلة، أي: أول شيء **(فلعله)** أي:

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٩٠)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٢٤٢).
(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٩٠). (٣) انظر: شرح أدب القاضي (٢/ ٣٧٤).
(٤) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٢٤٢).

طَمِعَ فِي الإِمْهَالِ فَلَمْ يَسْتَصْحِبْ المَالُ، فَإِذَا امْتَنَعَ بَعْدَ ذَلِكَ حَبَسَهُ لِظُهُورِ مَطْلِهِ، أَمَّا إِذَا ثَبَتَ بِالبَيِّنَةِ حَبَسَهُ كَمَا ثَبَتَ لِظُهُورِ المَطْلِ بِإِنْكَارِهِ..

المَقرّ (**طمع في الإمهال**) يعني من حُجّة المَقرّ أن يقول: ظننت أنك تمهلني، فإن أبيت أوفيك حقك، أما لو جحد الدين حتى ثبت بالبيّنة فقد وجدت المماطلة.

وفي الفوائد الظهيرية: عن الإمام السرخسي: إن ظهر الدين بالبينة لا يحبسه أول مرة، وإن ظهر بالإقرار يحبسه، فكان عكس مسألة الكتاب، والوجه فيه أن الدين يثبت بالبينة كان له أن يعتذر، فيقول: ما كنت علمت له عليَّ دينًا، فإذا علمت الآن أقضي ولا أتوانى في قضائه، ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في الإقرار[١].

قال الصدر الشهيد[٢]: فإذا جاء أوان الحبس لا يسأل المديون: ألك مال؟

وقال الخصاف: الصواب عندي ألا يحبسه حتى يسأله: ألك مال؟ ويستحلفه على ذلك، فإن أقر أن له مالًا حبسه، فإن قال: لا مال لي، قال للطالب: أثبت أن له مالًا حتى أحبِسه، وهو مَذهب بعض القضاة.

ثم اعلم: إذا ثبت إعسار المديون لا يجوز حبسه بلا خلاف، ولا ملازمته؛ بل يمهل إلى أن يوسر، قال تعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة:٢٨٠]، وعندنا لا يحبس ولكن للغريم ملازمته، ولا يمنع من الكسب.

وهل يلزمه الكسب وإجارة نفسه ليصرف الأجرة والكسب إلى رب الدين؟

عندنا والشافعي[٣]: لا، وعند أحمد[٤]: يلزمه، وقال مالك[٥]: إن كان ممن يعتاد إجارة نفسه لزمه، وبه قال الشافعي في وجه، وعليه عمل القضاة لظهور المماطلة، قال ﷺ: «**مَطلُ الغَنيّ ظُلمٌ**»[٦] وفي وجه يبيع ماله الظاهر،

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٢٧٨)، فتح القدير (٧/ ٢٧٩).
(٢) انظر: شرح أدب القاضي (٢/ ٣٦١).
(٣) انظر: الأم (٣/ ٢٠٦)، نهايةالمطلب في دراية المذهب (٦/ ٤٠٧).
(٤) انظر: المغني (٤/ ٣٣٥)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٥/ ٣١٧).
(٥) انظر: المدونة (٤/ ٦١).
(٦) أخرجه البخاري (٣/ ٩٤ رقم ٢٢٨٧) ومسلم (٣/ ١١٩٧ رقم ١٥٦٤) من حديث أبي هريرة ﷺ.

قَالَ: (فَإِنْ امْتَنَعَ حَبَسَهُ فِي كُلِّ دَيْنٍ لَزِمَهُ بَدَلًا عَنْ مَالٍ حَصَلَ فِي يَدِهِ، كَثَمَنِ المَبِيعِ، أَوْ التَزَمَهُ بِعَقْدٍ كَالمَهْرِ وَالكَفَالَةِ) لِأَنَّهُ إِذَا حَصَلَ المَالُ فِي يَدِهِ ثَبَتَ غِنَاهُ بِهِ، وَإِقْدَامُهُ عَلَى التِزَامِهِ بِاخْتِيَارِهِ دَلِيلُ يَسَارِهِ، إِذْ هُوَ لَا يَلْتَزِمُ إِلَّا مَا يَقْدِرُ عَلَى أَدَائِهِ، وَالمُرَادُ بِالمَهْرِ مُعَجَّلُهُ دُونَ مُؤَجَّلِهِ.

وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد، أما لو امتنع من أداء الدين يُحبس بلا خلاف.

قوله: (**بدلًا عن مال حصل في يده**) إلى آخره، وفي الذخيرة[1] وشرح أدب القاضي للصدر الشهيد[2]: لو قال المديون بعد ثبوت الدين: أنا معسر، وقال المُدّعي: موسر، ولا بيّنة له؛ فالقول للمديون مع يمينه، وهو رواية [٢/ ١٨٤/ أ] أصحابنا، واختيار الخصاف، وبه قال الشافعي[3] في وجه؛ لأن الأصل الفقر في بني آدم، فإنه يولد ولا مال له.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف: أن في كل دين أصله مال، كثمن البيع والقرض فالقول للمُدّعي، وبه قال الشافعي[4] في وجه، فالمديون يحتاج إلى البيّنة؛ لأنه عُرِفَ دخول شيء في ملكه، وزوال ذلك محتمل، فالظاهر قول المدّعي.

وفي كل دين لا يقابله مال، كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك - فالقول للمديون؛ لأنه لم يدخل شيء في ملكه، فبقى متمسكًا بالأصل، إليه أشار محمد في كتاب النكاح في مسألة (ادعاء المرأة نفقة الموسرين، وزعم الزوج أنه معسر) فقال: القول للزوج.

وقال بعضهم: كل دين لزمه بسبب معاقدته واختياره فالقول لرب الدين، وبه قال الشافعي في وجه؛ لأن اختيار لزومه بالعقد دليل اليَسار.

[قوله: (**والمراد بالمهر**) إلى آخره، ذكر التمرتاشي: ذكر في النكاح: يحبس

---

(١) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٢٣٤).
(٢) انظر: شرح أدب القاضي (٢/ ٣٦٢).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (٦/ ٣٣٢)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٤/ ١٣٧).
(٤) انظر: الحاوي الكبير (٦/ ٣٣٢)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٤/ ١٣٧).

قَالَ: (وَلَا يَحْبِسُهُ فِيمَا سِوَى ذَلِكَ إذَا قَالَ: إنِّي فَقِيرٌ، إلَّا أَنْ يُثْبِتَ غَرِيمُهُ أَنَّ لَهُ مَالًا فَيَحْبِسَهُ) لِأَنَّهُ لَمْ تُوجَدْ دَلَالَةُ الْيَسَارِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ، وَعَلَى الْمُدَّعِي إثْبَاتُ غِنَاهُ، وَيُرْوَى: أَنَّ الْقَوْلَ لِمَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ، لِأَنَّ الْأَصْلَ هُوَ الْعُسْرَةُ. وَيُرْوَى: أَنَّ الْقَوْلَ لَهُ إلَّا فِيمَا بَدَلُهُ مَالٌ. وَفِي النَّفَقَةِ: الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ إنَّهُ مُعْسِرٌ، وَفِي إعْتَاقِ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ الْقَوْلُ لِلْمُعْتِقِ، وَالْمَسْأَلَتَانِ تُؤَدِّيَانِ الْقَوْلَيْنِ الْأَخِيرَيْنِ، وَالتَّخْرِيجُ عَلَى مَا قَالَ فِي الْكِتَابِ: أَنَّهُ لَيْسَ بِدَيْنٍ مُطْلَقٍ بَلْ هُوَ صِلَةٌ حَتَّى تَسْقُطَ النَّفَقَةُ بِالْمَوْتِ عَلَى الِاتِّفَاقِ، وَكَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ضَمَانُ الْإِعْتَاقِ، ثُمَّ فِيمَا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُدَّعِي إنَّ لَهُ مَالًا، أَوْ ثَبَتَ ذَلِكَ بِالْبَيِّنَةِ فِيمَا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ مَنْ عَلَيْهِ ....

في المهر، فقال البزدوي: أراد به المعجل؛ لأن العادة جرت في النكاح ألا يقوم به من لا وفاء به عنده بالمعجل، فكان إقدامه على النكاح دليل يساره][1].

قوله: (فيما سوى ذلك) أي: فيما سوى المذكور، كضمان المتلف والغصب وأرش الجناية.

قوله: (وعلى المدعي إثبات غناه) أي: غنى المديون بالبينة.

وفي الذخيرة[2]: لو أقام المدعي بينة على يساره، وأقام المديون بينة على إعساره ـ فبينة رب الدين أولى؛ لأن شهود المديون شهدوا لشيء لم يعرفوه.

قوله: (ويروى أن القول لمن عليه في جميع ذلك) ويدخل تحته ثمن البيع وغيره.

قوله: (والمسألتان) أي: مسألة النفقة، ومسألة إعتاق عبد المشترك **(تؤيدان القولين الآخِرَين)**، وفي بعض النسخ: **(الأخيرين)**، وهما قوله: **(ويروى أن القول لمن عليه)**، **(ويروى أن القول له إلا فيما)**، أي: لمن عليه.

وتأييدهما لقول من قال: إن القول له في جميع ذلك، فظاهر.

وأما تأييدهما لقول من قال: **(إن القول له إلا فيما بدله مال)** فإنه لما يمكن

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٢٤٠).

يَحْبِسُهُ شَهْرَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً ثُمَّ يَسْأَلُ عَنْهُ: فَالحَبْسُ لِظُهُورِ ظُلْمِهِ فِي الحَالِ، وَإِنَّمَا يَحْبِسُهُ مُدَّةً لِيَظْهَرَ مَالُهُ لَوْ كَانَ يُخْفِيهِ، فَلَا بُدَّ مِن أَنْ تَمْتَدَّ المُدَّةُ لِيُفِيدَ هَذِهِ الفَائِدَةَ فَقَدَّرَهُ بِمَا ذَكَرَهُ، وَيُرْوَى غَيْرُ ذَلِكَ مِن التَّقْدِيرِ بِشَهْرٍ أَوْ أَرْبَعَةٍ إِلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ. وَالصَّحِيحُ: أَنَّ

بدل المهر وبدل ضمان الإعتاق مالًا جُعِل القولُ قولَ من عليه، عُلِم بهذا أن الصحيح القولان الآخِران.

وأما من نصر القول الأول، وهو قوله: (حبسه في كل دين) إلى آخره، فيجيب عن هاتين المسألتين بقوله: (أنه) أي: النفقة، على تأويل الإنفاق، وضمان الإعتاق ـ لَيْسا بدين مطلق، بل هما صلة؛ بدليل سقوطهما بالموت، أما النفقة فتسقط بالاتفاق، وأما الإعتاق فعلى قول أبي حنيفة، وهذا هو معنى قوله: (والتخريج على ما قال في الكتاب) فلما كان كذلك لم ترد هاتان المسألتان نقضًا للقول الأول، وهو قوله: (حبسه في كل دين)، إلى آخره[١].

قوله: (من التقدير بشهر) وهو اختيار الطحاوي، قال الحلواني: ما ذكره الطحاوي أرفق بالناس؛ لأن ما زاد على الشهر في حكم الآجل، وما دونه في حكم العاجل.

قوله: (أو أربعة إلى ستة أشهر) وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة.

قوله: (والصحيح) إلى آخره، في الذخيرة[٢]: كثير من المشايخ قالوا ليس هذا تقديرًا لازمًا، فقد روى هشام عن محمد مثل هذا؛ إذ الحبس للإضجار، وذلك يختلف فيه أحوال الناس فإن منهم من يضجر بمدة قليلة، ومنهم من لا يضجر بها، ففوض إلى رأي القاضي، فإن وقع عنده أنه يضجر بمدة قليلة أطلقه بعد ذلك، ومثله في شرح أدب القاضي للصدر الشهيد[٣]، وعن الشافعي[٤] وأحمد[٥] ومالك[٦] مثله.

---

(١) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٢٣٤).
(٢) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٢٣٨).
(٣) انظر: شرح أدب القاضي (٢/ ٣٦٨).
(٤) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (٦/ ٤٢١)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٤/ ١٤٠).
(٥) انظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي (٥/ ٢٧٥)، كشاف القناع على متن القناع (٦/ ٣٢١).
(٦) انظر: الذخيرة (٨/ ٢٠٦)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٢/ ٧٩٠).

التَّقْدِيرَ مُفَوَّضٌ إِلَى رَأْيِ القَاضِي لِاخْتِلَافِ أَحْوَالِ الأَشْخَاصِ فِيهِ(*). قَالَ: (فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ مَالٌ خُلِّيَ سَبِيلُهُ) يَعْنِي: بَعْدَ مُضِيِّ المُدَّةِ، لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ النَّظِرَةَ إِلَى المَيْسَرَةِ فَيَكُونُ حَبْسُهُ بَعْدَ ذَلِكَ ظُلْمًا.

وقال ابن الماجشون المالكي: لا يحبس في القليل أكثر من نصف الشهر، وفي الكثير يبلغ أربعة أشهر، وفيما بين ذلك الشهرين ونحوهما بالنسبة. ذكره في الجواهر[1].

قوله: (فإن لم يظهر مال) أي: بعد مضي المدة التي رآها القاضي، أو بعد مضي مدة على ما اختار بعض المشايخ، يعني ينبغي أن يُسأل عن حاله بعد الحبس؛ فإن سأل عنه فقامت البينة على إفلاسه أخرجه وتُقبل البيّنة في رواية، وبه قال الشافعي[2] وأحمد[3]، وعند عامة المشايخ: لا تُقبل، وبه قال مالك[4]، وقال الصدر الشهيد في شرح أدب القاضي[5]: وهو الصحيح.

وفي الذخيرة[6]: لو أُخبر عن إعساره قبل الحبس واحد عدل أو اثنان، أو شهد بذلك شاهدان؛ فعن محمد روايتان: في رواية: لا يحبسه، وبه يفتي الفضلي، وهو قول إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة، وهكذا قال نصير بن يحيى.

وقال الإسكاف وعامة مشايخ ما وراء النهر بحبسه، ولا تقبل هذه البيّنة؛ لأن البينة على العُسّار بيّنة على النفي، فلا تقبل إلا إذا تأيّدت بمؤيد، وقيل: الحبس ما أُيدت بمؤيد، وبعد مضي مدته تأيدت بمؤيد؛ لأن الظاهر أنه لو كان قادرًا على القضاء لما تحمل مرارة [٢/ ١٨٤/ ب] الحبس.

قال شيخ الإسلام: سؤال القاضي عن المحبوس بعد حبسه احتياط وليس بواجب؛ لأن بينته على عساره بينة على النفي، وهي ليست بحجة، قالوا: هذا إذا لم يكن حال منازعة، أما لو ادعى المديون أنه أعسر بعد ذلك، وقال

(*) الراجح: هو أن التقدير مفوض إلى رأي القاضي.

(١) انظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٢/ ٧٩٠).

(٢) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (٦/ ٤٢٠)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٤/ ١٣٧).

(٣) انظر: المغني (٤/ ٣٤٠).

(٤) انظر: المدونة (٤/ ٥٩)، بداية المجتهد (٤/ ٧٦).

(٥) انظر: شرح أدب القاضي (٢/ ٣٦٩).

(٦) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٢٤١).

وَلَوْ قَامَتْ البَيِّنَةُ عَلَى إِفْلَاسِهِ قَبْلَ المُدَّةِ تُقْبَلُ فِي رِوَايَةٍ، وَلَا تُقْبَلُ فِي رِوَايَةٍ، وَعَلَى الثَّانِيَةِ: عَامَّةُ المَشَايِخِ ـ رَحِمَهُمُ اللَّهُ ـ. قَالَ فِي الكِتَابِ: خُلِّيَ سَبِيلُهُ وَلَا يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غُرَمَائِهِ، وَهَذَا كَلَامٌ فِي المُلَازَمَةِ وَسَنَذْكُرُهُ فِي كِتَابِ الحَجْرِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: رَجُلٌ أَقَرَّ عِنْدَ القَاضِي بِدَيْنٍ فَإِنَّهُ يَحْبِسُهُ، ثُمَّ يَسْأَلُ عَنْهُ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا أَبَّدَ حَبْسَهُ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا خَلَّى سَبِيلَهُ، وَمُرَادُهُ: إِذَا أَقَرَّ عِنْدَ غَيْرِ القَاضِي أَوْ عِنْدَهُ مَرَّةً، وَظَهَرَتْ مُمَاطَلَتُهُ وَالحَبْسُ أَوَّلًا وَمُدَّتُهُ قَدْ بَيَّنَّاهُ فَلَا نُعِيدُهُ.

قَالَ: (وَيُحْبَسُ الرَّجُلُ فِي نَفَقَةِ زَوْجَتِهِ) لِأَنَّهُ ظَالِمٌ بِالِامْتِنَاعِ (وَلَا يُحْبَسُ وَالِدٌ فِي دَيْنِ وَلَدِهِ) لِأَنَّهُ نَوْعُ عُقُوبَةٍ فَلَا يَسْتَحِقُّهُ الوَلَدُ عَلَى الوَالِدِ كَالحُدُودِ وَالقِصَاصِ (إِلَّا إِذَا امْتَنَعَ مِن الإِنْفَاقِ عَلَيْهِ) لِأَنَّ فِيهِ إِحْيَاءً لِوَلَدِهِ، وَلِأَنَّهُ لَا يُتَدَارَكُ ....

الطالب: إنه موسر وشهد أنه معسر خلى سبيله، ولا تكون هذه شهادة على النفي؛ لأن الإعسار بعد اليسار أمر حادث، فكانت الشهادة على أمر حادث لا بالنفي، ولو طلب يمين الطالب أنه لا يعرف أنه معدم ـ يحلف، فإن نكل أطلقه، وإن حلف أيد الحبس.

قال أبو القاسم: كيفية الشهادة أن يقول: أشهد أنه مفلس، لا نعلم له مالًا سوى كِسوته التي عليه وثياب ليلة، وقد اختبرنا أمره سرًّا وعلانية، وهذا أتم وأبلغ.

قوله: (**وفي الجامع الصغير**) إلى آخره، إنما ذكر لفظ الجامع؛ لأن رواية الجامع من حيث الظاهر بخلاف ما ذكر في أول الفصل من قوله: (إذا ثبت الدين بالإقرار لا يحبسه في أول الوهلة) وهنا قال: يحبسه متصلًا بإقراره، فذكر لفظ الجامع ثم ذكر تأويله بقوله: (**ومراده إذا أقر عنده وظهرت مماطلته**) إلى آخره.

قال فخر الإسلام: معنى المسألة إذا كان جاحدًا فأقر عنده، وظهر للقاضي جحوده عند غيره ومماطلته، وأظهر له مماطلته بعدما أقر عنده غيره، فحينئذ يحبسه، فأما إذا أقر مرة فلا يحبسه؛ لما مر.

قوله: (**إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه**) فحينئذ يحبس، أما في دين المداينة لا يحبس بلا خلاف، وفي الامتناع من الإنفاق عليه يحبس بلا خلاف أيضًا.

لِسُقُوطِهَا بِمُضِيِّ الزَّمَانِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إلَى الْقَاضِي

وفي الذخيرة(١): وكذا كل من أُوجِب عليه النفقة وأبى من الإنفاق - يحبس أبًا كان أو أمًّا أو جدًّا أو جدةً أو زوجًا؛ لأن في ترك الإنفاق عليهم سعيًا إلى هلاكهم، ويجوز أن يحبس الوالد لقصده إلى إتلاف الولد.

قوله: (لسقوطها) أي: لسقوط نفقة الولد بمضي الزمان، أما الدين لا يسقط بمضي الزمان، فافترقا في هذا الحكم، فيفترقان في حق الحبس.

وفي الذخيرة(٢) والعبد لا يُحبس لمولاه؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده دينًا، وكذا لا يحبس المولى لعبده إذا لم يكن على العبد دين؛ لأنه إذا لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة؛ لأن في الحبس له حق أخذه، فإذا أخذ يلتقيان قصاصًا، وفي غير جنسه لا تقع المقاصة، والمكاتب في اكتسابه بمنزلة الحر، فيكون له حق المطالبة من المولى، فيحبس عند مطله، أما المكاتب لا يحبس بدين الكتابة لمولاه؛ لأنه بالامتناع لا يصير ظالمًا، ولو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه؛ لأنه لا يتمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الرواية.

وعن بعض مشايخنا: هما سواء؛ لأنه يتمكن من إسقاطه بتعجيز نفسه، فيسقط الدين عنه؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده دينًا، وفي ظاهر الرواية: أن بدل الكتابة صلة من وجه، بخلاف سائر الديون.

بَابُ كِتَابِ الْقَاضِي إلَى الْقَاضِي

أورده عقيب الحبس لأنه من عمل القضاة أيضًا، ولكنه يحتاج بتمامه إلى اثنين، والحبس يتم بقاضٍ واحد، والواحد مقدم على الاثنين.

وفي المبسوط(٣): القياس يأبى جواز العمل بكتاب القاضي إلى القاضي؛ لما فيه شبهة التزوير؛ إذ الخط يشبه الخط، والخاتم يشبه الخاتم، إلا أنه جُوز لحاجة الناس إليه؛ لحديث عليّ أنه جوز لحاجة الناس إلى ذلك.

---

(١) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٢٣٥).
(٢) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٢٣٦).
(٣) المبسوط للسرخسي (١٦/ ٩٥).

قَالَ: (وَيُقْبَلُ كِتَابُ القَاضِي إِلَى القَاضِي فِي الحُقُوقِ إِذَا شَهِدَ بِهِ عِنْدَهُ) لِلْحَاجَةِ عَلَى مَا نُبَيِّنُ (فَإِنْ شَهِدُوا عَلَى خَصْمٍ حَاضِرٍ حَكَمَ بِالشَّهَادَةِ) لِوُجُودِ الحُجَّةِ (وَكَتَبَ بِحُكْمِهِ) وَهُوَ المَدْعُوُّ سِجِلًّا (وَإِنْ شَهِدُوا بِهِ بِغَيْرِ حَضْرَةِ الخَصْمِ: لَمْ يَحْكُمْ) لِأَنَّ

وأصله ما روى الضحاك بن سفيان أن رسول الله ﷺ «**كتب: أَنْ أُوَرِّثَ امرأة أشيحَ الضبابيِّ مِن دِيَة زَوجها**»، رواه أبو داود، والترمذي[(١)]، وعليه أجمع[(٢)] الفقهاء.

قوله: (في الحقوق) أي: الحقوق التي تثبت مع الشبهات؛ إذ في الحدود والقصاص لا تقبل عندنا، كما يجيء[(٣)].

قوله: (إذا شُهِد به) أي: بالكتاب **(عنده)** أي: عند القاضي المكتوب إليه، وشُهِد: على بناء المفعول.

قوله: (على خصم حكم بالشهادة)، والمراد من الخصم هنا الوكيل عن الغائب، أو المسخّر الذي جعل وكيلًا لأجل إثبات الحق عليه، وإن لم يكن هو وكيلًا عنه في الحقيقة؛ إذ لو كان المراد هو المُدّعى عليه نفسه لما احتيج إلى كتاب القاضي؛ إذ الحكم يتم على الخصم بحكمه، ولو لم يكن خصمًا أصلًا لا المُدّعى عليه ولا نائبه، وقد حكم القاضي بالشهادة كان قضى على الغائب، وهو لا يجوز عندنا، وعند الأئمة الثلاثة يجوز الحكم على الغائب، فلا يحتاج إلى خصّم.

(وهو المدعو سجلا)؛ إذ السجل لا يكون إلا بعد الحكم والكتاب [٢/ ١٨٥/أ] الحكمي، وهو المعروف بكتاب القاضي إلى القاضي لا يكون إلا قبل الحكم كما ذكر في المتن[(٤)].

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ١٢٩ رقم ٢٩٢٧)، والترمذي (٣/ ٧٩ رقم ١٤١٥)، وابن ماجه (٢/ ٨٨٣ رقم ٢٦٤٢) من حديث الضحاك بن سفيان ﵁.
قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.
(٢) انظر: الإجماع لابن المنذر (١/ ٦٥)، مراتب الإجماع لابن تيمة (١/ ٥١).
(٣) انظر: المبسوط للسرخسي (١٦/ ٩٥)، البناية شرح الهداية (٩/ ٣٥).
(٤) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٢٨٦)، البناية شرح الهداية (٩/ ٣٥).

الْقَضَاءَ عَلَى الغَائِبِ لَا يَجُوزُ (وَكَتَبَ بِالشَّهَادَةِ) لِيَحْكُمَ المَكْتُوبُ إِلَيْهِ بِهَا، وَهَذَا هُوَ الكِتَابُ الحُكْمِيُّ، وَهُوَ نَقْلُ الشَّهَادَةِ فِي الحَقِيقَةِ، وَيَخْتَصُّ بِشَرَائِطَ نَذْكُرُهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَجَوَازُهُ لِمَسَاسِ الحَاجَةِ، لِأَنَّ المُدَّعِيَ قَدْ يَتَعَذَّرُ عَلَيْهِ الجَمْعُ بَيْنَ شُهُودِهِ وَخَصْمِهِ فَأَشْبَهَ الشَّهَادَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ. وَقَوْلُهُ: «فِي الحُقُوقِ» يَنْدَرِجُ تَحْتَهُ الدَّيْنُ، وَالنِّكَاحُ، وَالنَّسَبُ، وَالمَغْصُوبُ، وَالأَمَانَةُ، المَجْحُودَةُ، وَالمُضَارَبَةُ المَجْحُودَةُ، لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الدَّيْنِ، وَهُوَ يُعْرَفُ بِالوَصْفِ لَا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الإِشَارَةِ، وَيُقْبَلُ فِي العَقَارِ أَيْضًا، لِأَنَّ التَّعْرِيفَ فِيهِ بِالتَّحْدِيدِ.

قوله: (وهو نقل الشهادة في الحقيقة)، يعني في السجل لا سبيل للمكتوب إليه برده وإن كان مخالفًا لمذهبه؛ لما أن حكم القاضي في السجل إذا وقع في مسألة مختلف فيها ليس لقاضٍ آخر رده؛ لاتصال حكم القاضي به، بخلاف كتاب الحكمي، فإن للقاضي المكتوب إليه يجوز رده؛ لأنه لم يتصل به حكم، وهو بمنزلة الشهادة على الشهادة في الحقيقة.

ألا ترى أن للقاضي الأول أن يطلبه قبل أن يبعث به إلى الثاني، فإن الخصم لو حضر مجلسه لم يلزمه ذلك منها، فكذا للثاني ألا ينفذ بكتابه إلا أن يكون ذلك من رأيه. كذا في المبسوط[١].

قوله: (ويختص بشرائط) ومن الشرائط: العلوم الخمسة، ذكرها في الذخيرة[٢]: هو أن يكون الكاتب معلومًا، والمكتوب إليه معلومًا، والمدّعي به معلومًا، والمُدّعى عليه معلومًا، والمدعى به لمعلوم، وشرائط أُخَر نذكرها في هذا الباب إن شاء الله تعالى.

ثم إعلام كل واحد من هؤلاء المذكورين يكون بذكر اسمه واسم أبيه واسم جده، أو قبيلته؛ لأن إعلام الإنسان إذا كان غائبًا بهذه الأشياء، ولو لم يذكر اسم أبيه وجده لا يحصل التعريف بالاتفاق، وبذكر أبيه دون جده وقبيلته يحصل التعريف عند أبي حنيفة إن كان مشهورًا.

قوله: (لا يحتاج فيه إلى الإشارة)، فإن قيل: الإشارة في النكاح شرط عند

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٦/ ٩٧).

(٢) انظر: المحيط البرهاني شرح الفقه النعماني (٨/ ١٣٢).

وَلَا يُقْبَلُ فِي الأَعْيَانِ المَنْقُولَةِ لِلْحَاجَةِ إِلَى الإِشَارَةِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: أَنَّهُ يُقْبَلُ فِي العَبْدِ دُونَ الأَمَةِ لِغَلَبَةِ الإِبَاقِ فِيهِ دُونَهَا. وَعَنْهُ: أَنَّهُ يُقْبَلُ فِيهِمَا بِشَرَائِطَ ......

دعوى الرجل أو المرأة من الجانبين، وكذا في الأمانة والمغصوب وغيرهما، وكاتب هذه الأشياء، كالحيوان والعروض والثياب، ولا يُقبل كتاب القاضي في هذه الأشياء في ظاهر الرواية.

قلنا: دعوى نفس النكاح ونظائره لا يحتاج إلى الإشارة؛ لأنها من الأفعال، وإن كان يلزم في ضمنه الإشارة إلى نفس الرجل أو المرأة؛ إذ كل واحد خصم، والإشارة إلى الخصم شرط، وهو ليس بمدعى والمدعى الفعل، ومثل هذا يوجد في الدين أيضًا، فإنه يحتاج فيه أن يشير إلى رب الدين والمديون؛ لأن الدين في الذمة، والإشارة إلى الغريم والمديون شرط، والمدعي الدين، فكذا هاهنا. إليه أشار في شرح أدَب القاضِي للصّدر الشهيد[(١)].

(للحاجة إلى الإشارة) فلا يقبل عند أبي حنيفة ومحمد في العبيد والجواري أيضًا، وهو القياس، والمنصوص من الشافعي[(٢)] أنه لا يجوز في المنقول، وهو أصح القولين عنده، واستحسن أبو يوسف في العبيد، فقال العبد يأبق من مولاه دون الأمة؛ لأن العبد يخدم خارج البيت، فيقدر على الإباق غالبًا، فتمس الحاجة إلى الكتاب، بخلاف الأمَة، فإنها تخدم فلا تقدر على الإباق غالبًا، ولا تمس الحاجة، كذا في شرح أدب القاضي للصّدر الشهيد[(٣)].

قوله: (بشرائط) يعرف في موضعه من المبسوط[(٤)] والذخيرة[(٥)] وشرح أدب القاضي للصّدر الشهيد[(٦)] والمغني.

وما ذكرنا من أن يكتب من معلوم إلى معلوم في معلوم، ومنها أن يكلف المدعي أنه كان له عبد آبق، وهو اليوم في يد فلان بن فلان في البلد الفلاني، ويعرف المدعي غاية التعريف بصفته واسمه وسنه وقيمته والدار التي جلب منها،

---

(١) انظر: شرح أدب القاضي (٣/ ٢٨٢، ٢٨٣).
(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ٢١٨)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ١٨٨).
(٣) انظر: شرح أدب القاضي (٣/ ٢٨٣).
(٤) المبسوط للسرخسي (١١/ ٢٤، ٢٥).
(٥) انظر: المحيط البرهاني شرح الفقه النعماني (٨/ ١٤٦، ١٤٧).
(٦) انظر: شرح أدب القاضي (٣/ ٢٨٣).

....

فإذا كتب وضم، كما يجيء بعدها، وورد الكتاب على المكتوب إليه أحضر القاضي المكتوب إليه المدّعى عليه والعبد، فنظر في العبد وفي الكتاب، فإن وافق حلية الغلام ما في الكتاب ختم في عنق العبد من الرصاص، ودفع إلى المدعي من غير أن يقضى له بالملك، وأخذ منه كفيلًا وأمره أن يذهب إلى القاضي الكاتب، فإذا جاء به إليه أمره الكاتب بإعادة البيّنة على أن هذا العبد بعينه ملكه، فإذا أعاد يقضي القاضي الكاتب بدله، ثم يكتب إلى قاضي تلك البلدة ليبرئ كفيله. كذا في المبسوط[1] وغيره.

فإذا شهدوا بذلك ثانيًا اختلفت الرواية عن أبي يوسف؛ في رواية: يقضي ويرسل إلى قاضي المكتوب ليبرئ كفيله، كما ذكر في المبسوط[2]، وفي بعض الروايات عن أبي يوسف: لا يقضي للمدّعي بالعبد؛ لأن الخصم غائب؛ بل يكتب كتابًا آخر إلى المكتوب إليه ليحضر المدعى عليه ويفكه بحضرته، ويحكم كذلك، ويبرئ الكفيل، هذا في العبد.

وفي الجارية: لا يدفعها المكتوب إليه إلى [٢/ ١٨٥/ب] المدعي، ولكن يبعث بها معه على يد أمين؛ لأنه لو دفعها إليه لم يمتنع من وطئها وإن كان أمينًا في نفسه؛ لأنه يزعم أنها مملوكته، ولكن أبو حنيفة ومحمد قالا هذا استحسان فيه بعض القبح، فإنه إذا دفع إليه العبد يستخدمه قهرًا ويستغله، فيأكل من غلته قبل أن يثبت فيها بقضاء العبد له، وربما يظهر العبد لغيره؛ لأن الحلية والصفة يشتبهان، ألا ترى أن الرجلين المختلفين قد يتفقان في الحلية والصفة.

وفي الحلية: وحكى الشافعي عن بعض الحكام على مذهب القائلين بجواز الحكم ببادئ في القاضي المكتوب على العبد، فإذا تم ثمنه قال لمدعيه: ادفع ثمنه يكون موضوعًا على يد عدل، وخذ العبد فإن عيّنه شهودك إلى حكم القاضي به، وكتب إليَّ برد اليمين عليك، وإن لم يُعينوه لزمك ردّه، وأخذ اليمين من يد العدل[3].

---

(١) المبسوط للسرخسي (١١/ ٢٥).
(٢) المبسوط للسرخسي (١١/ ٢٥).
(٣) حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء للشاشي (٨/ ١٥٦).

تُعْرَفُ فِي مَوْضِعِهَا. وَعَنْ مُحَمَّدٍ ﵀: أَنَّهُ يُقْبَلُ فِي جَمِيعِ مَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ وَعَلَيْهِ الْمُتَأَخِّرُونَ(*).

قَالَ: (وَلَا يُقْبَلُ الكِتَابُ إِلَّا بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ) لِأَنَّ الكِتَابَ يُشْبِهُ الكِتَابَ، فَلَا يَثْبُتُ إِلَّا بِحُجَّةٍ تَامَّةٍ، وَهَذَا لِأَنَّهُ مُلْزِمٌ فَلَا بُدَّ مِن الحُجَّةِ، ....

قوله: **(وعن محمد أنه يقبل في جميع ما يُنقل)** وبه قال مالك(١) وأحمد(٢) والشافعي(٣) في قول **(وعليه المتأخرون)** قال الإسْبِيجابي: وعليه الفتوى، ولكن شرط أن يكون المنقول مما يتميز بالعلامة، وكذا الشافعي في قول(٤).

قوله: **(وهذا)** أي: اشتراط الحجة، عند عامة الفقهاء، وعن الحسن البصري(٥) والعنبري(٦) والشعبي(٧) وأبي ثور والإِصْطَخْرِي(٨) من أصحاب الشافعي، وأبي يوسف في رواية، ومالك في رواية(٩) أنهم قالوا: إذا كان يعرف خط القاضي الكاتب وختمه قبله، كما في كتاب الاستئمان من أهل الحرب، وكما في رسول القاضي إلى المزكى.

وقلنا: **(إنه)** أي كتاب القاضي **(ملزم)** إذ يجب على القاضي المكتوب إليه أن ينظر فيه ويعمل به **(فلا بد من الحجة)** حتى يثبت كونه ملزمًا، والحجة هي البيّنة.

أما كتاب الاستئمان ليس بمُلزم، فإن الإمام بالخيار؛ إن شاء أعطاه الأمان، وإن شاء لم يعطه، فلا تشترط فيه البيّنة.

(*) الراجح: هو رواية محمد.

(١) انظر: المدونة (٤/ ٤٦٣، ٤٦٢)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (١٠٢٧).

(٢) انظر: الشرح الكبير على متن المقنع (١١/ ٤٧٦)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (١١/ ٣٣٠).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ٢١٨)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ١٨٨).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ٢١٨)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ١٨٨).

(٥) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ٢١٣)، المغني لابن قدامة (١٠/ ٨٤).

(٦) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ٢١٣)، المغني لابن قدامة (١٠/ ٨٤).

(٧) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ٢١٣)، المغني لابن قدامة (١٠/ ٨٤).

(٨) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ٢١٣)، المغني لابن قدامة (١٠/ ٨٤).

(٩) انظر: الذخيرة (١٠/ ١٠٣)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٦٠).

بِخِلَافِ كِتَابِ الِاسْتِئْمَانِ مِن أَهْلِ الحَرْبِ، لِأَنَّهُ لَيسَ بِمُلْزِمٍ، وَبِخِلَافِ رَسُولِ القَاضِي إِلَى المُزَكَّى وَرَسُولِهِ إِلَى القَاضِي، لِأَنَّ الإِلْزَامَ بِالشَّهَادَةِ لَا بِالتَّزْكِيَةِ.

وكذا رسول القاضي إلى المزكى، ورسول المزكى إلى القاضي ليس بملزم، بل الملزم الشهادة؛ إذ القضاء مضاف إلى الشهادة، ولهذا لو أوصى بدون التزكية صح قضاؤه، وإنما التزكية لنوع رجحان الصدق.

فإن قيل: ما فائدة كتاب القاضي إلى القاضي، فالشاهدان على الكتاب يجوز أن يشهدا على شهادة الأصول، حتى لا يحتاج إلى الكتاب؟

قلنا: في الشهادة على الشهادة يحتاج القاضي الآخر إلى تعديل الشهود الأصول، وقد يتعذر معرفة عدالة الأصول في تلك البلدة، فلا يحصل المقصود، وهنا يكتب عدالة الشهود الذين شهدوا عنده، فلا يحتاج المكتوب إليه إلى التعديل ثانيًا.

وقيد الرسول بكونه مرسلًا إلى المزكى أو على العكس؛ لأن رسول القاضي إلى قاضٍ آخر غير معتبر في لزوم القضاء على الآخر بدون بينة، ولا بالبينة.

والفرق بين كتابه ورسوله وجهان: **أحدهما**: أن القياس يأبى جواز كتاب القاضي إلى القاضي كما بينا، إلا أنا جوزنا بالأثر كما بينا، وأجمع التابعون على جوازه، ولم يرد مثل ذلك في الرسول، فعُمِل به القياس.

والثاني: أن الكتاب من القاضي جَعِل كالخطاب في موضع القضاء المكتوب، والكتاب وجد من موضع القضاء، فيكون كالخطاب في موضع القضاء، فيكون حجة، أما الرسول عند أداء الرسالة كان ذلك مرسلًا حضر في هذا الموضع يبلغه، ألا ترى أن مجيز تزويج الولي في تزويج ابنته البالغة لو كان فضوليًّا ـ يشترط فيه العدد أو العدالة على قول أبي حنيفة، ولو كان رسولًا لا يشترط بالإجماع؛ لقيامه مقام المرسل وقت التبليغ، فلما كان هذا من المرسل بمنزلة خطاب المرسل، والمرسل في هذا الموضع ليس بقاضٍ.

وقوله: (في غير موضع قضائه) كقول واحد من الرعايا، فلذلك لم يقبل قول رسوله، ويقبل كتابه. إلى هذا أشار في الذخيرة[(١)].

---

(١) انظر: المحيط البرهاني شرح الفقه النعماني (٨/ ١٥٣).

قَالَ: (وَيَجِبُ أَنْ يَقْرَأَ الكِتَابَ عَلَيْهِمْ لِيَعْرِفُوا مَا فِيهِ أَوْ يُعْلِمَهُمْ بِهِ) لِأَنَّهُ لَا شَهَادَةَ بِدُونِ العِلْمِ (ثُمَّ يَخْتِمَهُ بِحَضْرَتِهِمْ وَيُسَلِّمَهُ إِلَيْهِمْ) كَيْ لَا يُتَوَهَّمَ التَّغْيِيرُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، لِأَنَّ عِلْمَ مَا فِي الكِتَابِ وَالخَتْمِ بِحَضْرَتِهِمْ شَرْطٌ، وَكَذَا حِفْظُ مَا فِي الكِتَابِ عِنْدَهُمَا، وَلِهَذَا يُدْفَعُ إِلَيْهِمْ كِتَابٌ آخَرُ غَيْرُ مَخْتُومٍ لِيَكُونَ مَعَهُمْ مُعَاوَنَةٌ عَلَى حِفْظِهِمْ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ آخِرًا: شَيْءٌ مِن ذَلِكَ لَيْسَ بِشَرْطٍ، وَالشَّرْطُ: أَنْ يُشْهِدَهُمْ أَنَّ هَذَا كِتَابُهُ وَخَتْمُهُ، ....

قوله: (ويجب أن يقرأ القاضي الكتاب عليهم) أي: على الشهود على كتابه (أو يعلمهم به) أي: بما في الكتاب يعني.

علم ما في الكتاب شرط عند أبي حنيفة ومحمد والشافعي(١) وأحمد(٢) ومالك(٣) في رواية.

وإعلامهم يحصل بطريقين إما بقراءة الكتاب عليهم، أو باختياره لهم بما في الكتاب.

(والشرط) أي: عند أبي يوسف (أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه)، وبه قال مالك في رواية، ويُسلّم الكتاب إلى [٢/١٨٦/أ] المدعي، وعليه عمل القضاة اليوم، وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمة.

وعلى قول أبي حنيفة ومحمد: يُسلّم الكتاب إلى الشهود، وأجمعوا في الصك أن الإشهاد عليه لا يصح ما لم يعلم الشاهد ما في الكتاب، فاحفظ هذا، فإن الناس اعتادوا بخلاف ذلك، حيث يشهدون على ما في الصك من غير قراءة الحدود وغير ذلك.

قيل: كذا في مختلفات القاضي الغني، وما قالاه احتياطًا، وما قاله أبو يوسف توسع.

---

(١) انظر: الأم (٦/٢٢٨)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/١٧٨، ١٧٩).
(٢) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/٢٤٢)، المغني (١٠/٨٤، ٨٥).
(٣) انظر: المدونة (٤/٥٢٢)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/١٠٢٦).

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّ الخَتْمَ لَيْسَ بِشَرْطٍ أَيْضًا(*)، فَسَهَّلَ فِي ذَلِكَ لَمَّا ابْتُلِيَ بِالقَضَاءِ وَلَيْسَ الخَبَرُ كَالمُعَايَنَةِ. وَاخْتَارَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ رَحِمَهُ اللهُ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ.

ومن الشرائط عندهما: أن يحفظوا الشهادة بما في الكتاب من وقت التحمل إلى وقت الأداء، كما في جميع الشهادات. كذا في الذخيرة[1].

ومن الشرائط عندهما: أن يكون الكتاب معنونًا بأن يكتب فيه: هذا كتاب من فلان بن فلان قاضي بلد كذا إلى فلان بن فلان القاضي، والشرط العنوان الباطن عندهما لا عنوان الظاهر، حتى لو ترك العنوان الظاهر اكتفى المكتوب إليه بالعنوان الباطن ـ جاز، وعلى العكس لا يجوز.

وصورة العنوان الظاهر في زماننا أن يكتب قبل كتابة التسمية من جانب اليسار: من فلان بن فلان إلى القاضي الإمام فلان بن فلان قاضي بلد كذا، أو يكتب في جنب اليمين فوق كتابة التسمية: بسم الله الملك الحق المبين ـ ونحو ذلك ـ، إلى القاضي الإمام فلان بن فلان قاضي بلد كذا، وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم.

فإن كتب: إلى قاضي بلد كذا، وفي البلد قاضيان لا يصح، ولو كان قاضيًا واحدًا يصح.

ثم يكتب على ظهر الكتاب من قبل اليسار على الصدر: من فلان بن فلان إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا ونواحيها، ويكتب على الظهر من قبل اليمين: بسم الله الملك الحق المبين إلى قاضي بلد كذا فلان بن فلان، وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم، ثم يكتب بعد التسمية: هذا كتابي ـ أطال الله بقاء فلان القاضي ـ إلى آخره، كما هو الرسم في الكتاب، ثم يكتب: أما بعد.

ثم إذا كان القاضي يعرف المُدّعي بوجهه واسمه ونسبه يكتب في كتابه: حضر في مجلس قضائي في بلد كذا، وأنا مقيم بها، نافذ القضاء من جهة فلان، كما هو الرسم، ويذكر حليته.

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

(١) انظر: المحيط البرهاني شرح الفقه النعماني (٨/ ١٣٦).

....

وإن لم يعرفه بوجهه وهو يقول: أنا فلان بن فلان، يسأل عنه البيّنة، ويذكر في كتابه: حضر رجل يزعم أنه فلان بن فلان، ولم أعرفه، فسألت عنه البيّنة، ويذكر أسماء الشهود وأنسابهم وحلاهم ومساكنهم؛ إن كتب ذلك كان أولى، وإن لم يكتب أسماءهم وأنسابهم، واكتفى بقوله: فأقام شهودًا عدولًا عرفتهم بالعدالة، أو سألت عنهم فعدلوا أو عرفوا بالعدالة ـ جاز.

ثم يذكر بعد ذلك: فشهدوا أنه فلان بن فلان، ويستقصى في تعريفه؛ فإن ذكر قبيلته مع ذلك كان أبلغ، وإن ترك لا يضره.

لو لم يذكر جده لا يتم تعريفه في قول أبي حنيفة، ويتم في قولهما.

وكذا الخلاف لو ذكر قبيلته أو صناعته لا يكون تعريفًا بالاتفاق.

ثم يكتب: من غير خصم أحضره، ولا نائب عن خصم حضر معه، وادعى أن له دارًا في بلدة كذا في محلة كذا، وذكر حدودها في يد رجل يقال له: فلان ابن فلان، يُعرِّف المدعى عليه على وجه التمام وإن كان رجلًا مشهورًا لا يحتاج إلى هذا، بل يكتب: ادعى على فلان ولا بد أن يذكر: ادعى المُدّعي أنه غائب عن هذه البلدة مسيرة سفر؛ لأن بين العلماء اختلافًا في تقدير المسافة التي يجوز كتاب القاضي إلى القاضي فيها، وكثير من مشايخنا قالوا: لا يجوز فيما دون مسيرة السفر، وبه قال الشافعي(١) وأحمد(٢) في وجه.

وحكى الطحاوي(٣) عن أبي حنيفة وأصحابه أنه يجوز فيما دون السفر، قال بعض المتأخرين من أصحابنا: هذا مذهب أبي يوسف ومحمد، وبه قال مالك(٤)، والذي يقتضي مذهب أبي حنيفة أنه لا يجوز، كالشهادة على الشهادة.

ثم يكتب: وهو جاحد لدعوى المدعي هذا، وشهوده على صحة دعواه هاهنا، ويتعذر عليه الجمع بينه وبينهم، فسألني الاستماع إلى شهادتهم لأكتب

---

(١) انظر: الأم (٦/ ٢٢٩)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/ ٥٣٦).
(٢) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٤٢)، المغني (١٠/ ٨١).
(٣) انظر: مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (٣/ ٣٦٣).
(٤) انظر: المدونة (٤/ ١٤)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ٢٥٥).

....

بما صح عندي من شهادتهم إلى القاضي فلان، فأجبته إليه، فأحضرهم، وهم فلان وفلان، يكتب اسم كل واحد ونسبه وقبيلته وتجارته إن كان تاجرًا، [٢/ ١٨٦/ب] ومصلاه وتحليته بتمام التعريف، فشهد كل من هؤلاء بعد دعوى المُدّعي هذا، والاستشهاد منهم شهادة مستقيمة متفقة اللفظ والمعنى، هكذا رُوي عن محمد.

قالوا: ينبغي ألا يكتفي بهذا القدر، بل يفسر الشهادة ويبينها، فيكتب: أما الأول فشهد بكذا، وفسّر شهادته وبينها، فإن كان المدعى به عقارًا يذكر موضعه وحدوده الأربعة، وإن كان غلامًا يذكر اسمه وحليته وصفته وحرفته واسم مولاه واسم أبيه وجده، وكذا في الدين يذكر قدره وجنسه وصفته كما هو المعروف، فيكتب: شهدوا أن لفلان المدعي على فلان بن فلان هذا الذي ذكر اسمه ونسبه في هذا الكتاب ـ أداء هذا المال ليقبضه لنفسه.

وقد اختلف المتأخرون في أنه هل يشترط ذكره هذا؟ والصحيح أنه لا يشترط، ويشترط بيان سبب الدين لتكون الشهادة موافقة للدعوى.

ثم يكتب: وشهد كل واحد من الباقين بمثل شهادته هذه، وأشار في مواضع الإشارات، ولا يكتب على مثل شهادته.

ثم يكتب: فأتوا بالشهادة على وجهها، وساقوها على سننها، فسمعتها وأثبتتها في المحضر المجلد في ديوان الحكم، ثم بعد ذلك إن عرف القاضي الشهود أثبت ذلك في الكتاب، وهم معروفون عندي بالعدالة والرضا، وإن لم يعرفهم سأل المزكي عن حالهم إلى من إليه التزكية والتعديل، وهم فلان وفلان ونسباهم إلى العدالة والرضا وقبول القول، ثم الكاتب بعدما ظهرت عدالة الذين شهدوا بالحق عنده يُحلّف المدعي بالله ما قبضت هذا المال منه، ولا يعلم أن رسولك ووكيلك قبض منه، ويستحلف مع أن أحدًا لا يدعي عليه شيئًا؛ لأن القاضي نصب ناظرًا لكل من عجز عن النظر لنفسه، والغائب عاجز عن النظر لنفسه بنفسه، فنظر له القاضي.

وإذا كتب الكتاب بالصفة التي ذكرنا يكتب في آخر الكتاب: يقول القاضي

قَالَ: (وَإِذَا وَصَلَ إِلَى القَاضِي لَمْ يَقْبَلْهُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الخَصْمِ) ....

فلان بن فلان قاضي بلد كذا: كتب هذا الكتاب عني بأمري ـ إن كان كاتبه غير القاضي ـ وجرى الأمر على ما يبين فيه مني وعندي، وهو كما كتب فيه، وهو معنون بعنوانين؛ عنوان على ظاهره وعنوان في باطنه، وهو مختوم بخاتمي، ونقش خاتمي كذا، وهو مكتوب على ثلاثة أنصاف من الكاغد، وهو موقع بتوقيعي بكذا، كتبت التوقيع على صدره، أشهدت عليه شهودًا، وهم فلان بن فلان وفلان بن فلان يذكر أسماءهم وأنسابهم وحلاهم، وقرأت الكتاب عليهم وأعلمتهم بما فيه، وختمت الكتاب بمحضر منهم، وأشهدتهم على جميع ذلك، وكتبت هذه الأسطر في آخره، وهي كذا خطًّا بخطي في تاريخ كذا، ولا يكتب في آخر الكتاب إن شاء.

وينبغي أن يكتب نسختين؛ نسخة في يد المُدّعي مختومًا، وبتلك النسخة من غير زيادة ولا نقصان، نسخة أخرى في يد الشهود؛ لأن علم الشاهد بما في الكتاب شرط عند أبي حنيفة ومحمد. كذا في فتاوى قاضي خان[(١)] والمغني.

هذا الذي ذكرنا كله من جانب الكتابة.

ثم شرع في بيان أحكام المكتوب إليه.

قوله: (وإذا وصل إلى القاضي) إلى آخره **(لم يقبله)** أي: الكتاب، وفي بعض النسخ (لم يَفْتَكَّه) ولكن الأول أوفق لرواية الكتب من الجوامع وفتاوي قاضي خان، فإنه قال: يجمع بين المدعي وخصمه، فإذا حضر وأقرّ استغنى عن الكتاب، وإذا أنكره المكتوب إليه يقول له: لا بد لك من حجة، فإن قال معي كتاب القاضي، قال أبو يوسف: يأخذ الكتاب بلا بينة، وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يأخذه بلا بينة، فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي إليك، وهو مختوم بختمه يقبله، ولا يفتحه حتى يسأل عن الشهود في قولهما عما في الكتاب.

وفي المبسوط[(٢)]: لا يفتح الكتاب إلا بمحضر من الخصم، وهذا يدل على

---

(١) فتاوى قاضي خان (٢/ ٤٩٢).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٦/ ٩٥، ٩٦).

لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ فَلَا بُدَّ مِن حُضُورِهِ، بِخِلَافِ سَمَاعِ القَاضِي الكَاتِبَ، لِأَنَّهُ لِلنَّقْلِ لَا لِلْحُكْمِ.

قَالَ: (فَإِذَا سَلَّمَهُ الشُّهُودُ إِلَيْهِ: نَظَرَ إِلَى خَتْمِهِ، فَإِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ كِتَابُ فُلَانٍ القَاضِي، سَلَّمَهُ إِلَيْنَا فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ وقَضَائِهِ، وَقَرَأَهُ عَلَيْنَا وَخَتَمَهُ، فَتَحَهُ القَاضِي وَقَرَأَهُ عَلَى الخَصْمِ وَأَلْزَمَهُ مَا فِيهِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ: إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ كِتَابُهُ وَخَاتَمُهُ قَبِلَهُ(*) عَلَى مَا مَرَّ، وَلَمْ يُشْتَرَطْ فِي الكِتَابِ ظُهُورُ العَدَالَةِ لِلْفَتْحِ، وَالصَّحِيحُ: أَنَّهُ يَفُضُّ الكِتَابَ بَعْدَ ثُبُوتِ

جواز القبول بدون حضرة الخصم، ولا يجوز الفتح، وإليه أشار في الذخيرة(١).

(لأنه) أي: الكتاب **(بمنزلة الشهادة)** أي: في معنى الشهادة على الشهادة؛ لأن القاضي ينقل ألفاظ الشهود بكتابه إلى المكتوب إليه، كما أن شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الأصل بعبارته، بخلاف سماع القاضي، [٢/١٨٧/أ] فإنه يسمع الشهادة وإن كان الخصم وهو المدعى عليه غالبًا؛ لما أن سماعه لا للحكم بل للنقل، فكان سماع تلك الشهادة بمنزلة تحمل الفرع شهادة الأصول، وفي التحمل لم يشترط حضور الخصم، فكذا هاهنا.

قوله: (ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح) حيث قال: **(فإن شهدوا أنه كتاب فلان القاضي)**، إلى قوله: **(فتحه)**، ولم يقل: فإذا شهدوا وعدلوا، فعلم بهذا أنه لم يشترط العدالة للفتح](٢).

وقوله: (والصحيح أنه يفض) أي: يفتح، احتراز عن هذه الرواية، والذي اختاره المصنف موافق لشرح أدب القاضي للصدر الشهيد(٣)، ومخالف لما اختاره في المغني فإنه قال فيه: وذكر الخصاف: لا يفتح قبل ظهور العدالة، ثم قال: ما قال محمد أصح، أي: يجوز الفتح بالشهادة بكتاب القاضي وختمه من غير تعرض عدالة الشهود.

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

(١) انظر: المحيط البرهاني شرح الفقه النعماني (١٥٨/٨).

(٢) ما بين المعقوفتين سقط من الأصول الخطية، واستفدناها من رسالة جامعية عنيت بتحقيق جزء من الكتاب، من أول كتاب الحوالة، إلى كتاب الشهادات.

(٣) انظر: شرح أدب القاضي (٣١٦/٣).

العَدَالَةِ، كَذَا ذَكَرَهُ الخَصَّافُ ﷺ، لِأَنَّهُ رُبَّمَا يُحْتَاجُ إِلَى زِيَادَةِ الشُّهُودِ، وَإِنَّمَا يُمْكِنُهُمْ أَدَاءُ الشَّهَادَةِ بَعْدَ قِيَامِ الخَتْمِ، وَإِنَّمَا يَقْبَلُهُ المَكْتُوبُ إِلَيْهِ إِذَا كَانَ الكَاتِبُ عَلَى القَضَاءِ، حَتَّى لَوْ مَاتَ أَوْ عُزِلَ أَوْ لَمْ يَبْقَ أَهْلًا لِلْقَضَاءِ قَبْلَ وُصُولِ الكِتَابِ لَا يَقْبَلُهُ،

قوله: (أو لم يبق أهلًا للقضاء) بأن جن، أو فسق، أو صار أعمى.

وفي الذخيرة: إذا مات الكاتب أو عُزل قبل أن يصل الكتاب إلى المكتوب إليه ـ لا يعمل المكتوب إليه به عندنا، وقال أبو يوسف والشافعي[(١)]: يعمل به، وقال أحمد[(٢)]: لأن كتاب القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة؛ لأنه بكتابه ينقل شهادة الذين شهدوا عنده بالحق إلى المكتوب إليه، والنقل قد تم بالكتابة به، فكان بمنزلة شهود الفرع لا يمنع القضاء.

وقلنا: نعم إن الكاتب ينقل الشهادة إلا أن لهذا النقل حكم القضاء، ولهذا لا يصح هذا النقل إلا من القاضي، ولم يشترط فيه العدد ولفظ الشهادة، ووجب على القاضي الكاتب هذا النقل لسماع البينة قضاء، فدل أن لهذا النقل حكم القضاء ولم يتم بعد؛ لأن تمامه بوجوب القضاء على المكتوب إليه، ولا يجب القضاء على المكتوب إليه قبل وصول الكتاب إليه وقبل قراءته، فلم يكن النقل تامًّا فبطل بموت القاضي، كما في سائر الأقضية إذا مات القاضي قبل إتمامها، ولو قبله مع هذا وقضى به، ثم رفع إلى قاضٍ آخر أمضاه؛ لأن قضاءه صادف مجتهدًا.

وكذا الجواب فيما إذا مات بعد وصول الكتاب إليه قبل القراءة لا وجوب القضاء على المكتوب إليه عند القراءة، فلم يكن الفعل تامًّا، ولو مات بعد الوصول والقراءة فالمكتوب إليه يعمل به. هكذا ذكر في ظاهر الرواية.

وكذا لو مات المكتوب إليه أو عُزل أو ولى غيره ـ لا يعمل الذي قام مقامه به عندنا، وقال الشافعي[(٣)] وأحمد[(٤)]: يعمل به؛ لأن المقول شهادة الشهود

---

(١) انظر: الأم (٦/ ٢٢٨)، الحاوي الكبير (١٦/ ٢٣١).
(٢) انظر: المغني (١٠/ ٨٦)، الشرح الكبير على متن المقنع (١١/ ٤٧٧).
(٣) انظر: الأم (٦/ ٢٢٨)، الحاوي الكبير (١٦/ ٢٣١).
(٤) انظر: المغني (١٠/ ٨٦)، الشرح الكبير على متن المقنع (١١/ ٤٧٧).

لِأَنَّهُ التَحق بِوَاحِدٍ مِن الرَّعَايَا، وَلِهَذَا لَا يُقْبَلُ إِخْبَارُهُ قَاضِيًا آخَرَ فِي غَيْرِ عَمَلِهِ أَوْ فِي غَيْرِ عَمَلِهِمَا، وَكَذَا لَوْ مَاتَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ، إِلَّا إِذَا كَتَبَ إِلَى فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ قَاضِي بَلْدَةِ كَذَا وَإِلَى كُلِّ مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ مِن قُضَاةِ الْمُسْلِمِينَ، لِأَنَّ غَيْرَهُ صَارَ تَبَعًا لَهُ وَهُوَ مُعَرَّفٌ، بِخِلَافِ مَا إذَا كَتَبَ ابْتِدَاءً إِلَى كُلِّ مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ عَلَى مَا عَلَيْهِ مَشَايِخُنَا ـ رَحِمَهُمُ اللَّهُ ـ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُعَرَّفٍ، وَلَوْ كَانَ مَاتَ الخَصْمُ يَنْفُذُ الكِتَابُ عَلَى وَارِثِهِ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ.

على ما حفظوه وتحملوه، ومن تحمل شهادة وشهد بها وجب على كل قاضٍ الحكم بشهادته، وكما لو قال إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين.

وقلنا: إن القاضي الكاتب علم الأول وأمانته، والقضاة يتفاوتون في أداء الأمانة؛ لأنهم غير معصومين عن الخيانة، فصاروا كالأمناء في الأموال، فهناك يصح التعيين، فكذا هاهنا، بخلاف ما إذا كتب: وإلى كل من يصل من قضاة المسلمين وحكامهم، فذلك لا يجوز في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف يجوز.

والظاهر أن محمدًا مع أبي حنيفة، وبقول أبي يوسف قال الشافعي[(١)] وأحمد[(٢)] وأبو يوسف توسع فيه حين ابتلي بالقضاء، واستحسن كثيرًا من المسائل تسهيلًا للأمر على الناس، وأبو حنيفة أخذ بالاحتياط، فإن إعلام الكاتب والمكتوب إليه شرط صحة الكتاب بالاتفاق، وتمام الإعلام لا يحصل بهذا القدر، بخلاف ما إذا عيّن قاضيًا وعرفه، ثم كتب: إلى كل من يصل كتابي هذا؛ لأنه لما عرف الأول صحت كتابة القاضي إليه، فيجعل المضموم تبعًا له، وكم من شيء يثبت تبعًا ولا يثبت قصدًا، وله نظائر كثيرة. كذا في الذخيرة[(٣)].

قوله: (**ينفذ الكتاب على وارثه**) وفي المحيط[(٤)]: سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده، ولا خلاف فيه.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ٢٢٤)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ١٨١).
(٢) انظر: المغني (١٠/ ٨٣)، الشرح الكبير على متن المقنع (١١/ ٣٩٣).
(٣) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ١٣٤).
(٤) انظر: المحيط البرهاني شرح الفقه النعماني (٨/ ١٥٢).

(وَلَا يُقْبَلُ كِتَابُ القَاضِي إِلَى القَاضِي فِي الحُدُودِ وَالقِصَاصِ) لِأَنَّ فِيهِ شُبْهَةَ البَدَلِيَّةِ، فَصَارَ كَالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، وَلِأَنَّ مَبْنَاهُمَا عَلَى الإِسْقَاطِ وَفِي قَبُولِهِ سَعْيٌ فِي إِثْبَاتِهِمَا.

فَصْلٌ آخَرُ

(وَيَجُوزُ قَضَاءُ المَرْأَةِ فِي كُلِّ شَيْءٍ، إِلَّا فِي الحُدُودِ وَالقِصَاصِ) اعْتِبَارًا بِشَهَادَتِهَا. وَقَدْ مَرَّ الوَجْهُ.

قوله: (ولا يقبل كتاب القاضي في الحدود والقصاص)، وبه قال الشافعي[(١)] في قول، وفي آخر[(٢)]: يقبل، وبه قال مالك[(٣)] وأحمد[(٤)]؛ لأن الاعتماد على الشهود.

وقلنا: **(أن فيه)** أي: في كتاب القاضي **(شُبهة البدلية، فصار كالشهادة على الشهادة)** فلا تقبل فيما يسقط بالشبهات.

فَصْلٌ آخَرُ

لما ذكر أن قضاء القاضي في المجتهدات ينفذ احتاج إلى بيان أصل يجمعها، وهذا الفصل لبيان ذلك.

قوله: (ويجوز قضاء المرأة في كل شيء) إلى آخره، وقال الشافعي[(٥)]، ومالك[(٦)] وأحمد[(٧)]: لا يجوز؛ لأن المرأة ناقصة [٢/ ١٨٧/ب] العقل، غير أهل للحضور مع الرجال ومحافل الخصوم، وقال ﷺ: «**مَا أَفْلَحَ قومٌ وَلَّوْا أمرَهُمْ امرأةً**»، رواه البخاري[(٨)].

قوله: (وقد مرّ الوجه) وهو أن القضاء من باب الولاية، والمرأة من أهل

---

(١) انظر: الأم (٦/ ٢٢٩)، الحاوي الكبير (١١/ ١٤٧).
(٢) انظر: الأم (٦/ ٢٢٩)، الحاوي الكبير (١١/ ١٤٧).
(٣) انظر: المدونة (٤/ ١٤)، الذخيرة (١٠/ ٩٩).
(٤) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٨٨)، المغني (١٠/ ٩٦).
(٥) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ١٥٦).
(٦) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ٢٤٣)، الذخيرة (١٠/ ٢٢).
(٧) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٢٢)، المغني (١٠/ ٣٦).
(٨) أخرجه البخاري (٦/ ٨ رقم ٤٤٢٥) من حديث أبي بكرة رضي الله عنه.

(وَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَسْتَخْلِفَ عَلَى القَضَاءِ، إِلَّا أَنْ يُفَوَّضَ إِلَيْهِ ذَلِكَ) لِأَنَّهُ قُلِّدَ القَضَاءَ دُونَ التَّقْلِيدِ بِهِ فَصَارَ كَتَوْكِيلِ الوَكِيلِ، بِخِلَافِ المَأْمُورِ بِإِقَامَةِ الجُمُعَةِ حَيْثُ

الشهادة، فتكون من أهل الولاية، والحديث يدل على نقصان حال ذلك القوم لا عدم جواز توليتها، ولا يجوز في الحدود والقصاص؛ لعدم جواز شهادتها، فلا يكون فيها أهلًا للقضاء؛ إذ حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة؛ إذ كل منهما من باب الولاية[(١)].

قوله: **(وليس للقاضي أن يستخلف إلا أن يفوض إليه ذلك)**، وبه قال الشافعي[(٢)] ومالك[(٣)] وأحمد[(٤)]، ولو أذن له في الاستخلاف يجوز بلا خلاف، ولو نهاه عن الاستخلاف لا يجوز بلا خلاف، ولو ولاه وسكت عن النهي والإذن فعندنا لا يجوز، وبه قال الشافعي[(٥)] ومالك[(٦)] وأحمد[(٧)].

وعن الإِصْطَخْرِي[(٨)] من أصحاب الشافعي: يجوز إذا ولاه في عمل لا يقدر أن يتولاه بنفسه.

(لأنه) أي: القاضي **(قلد القضاء دون التقليد به)** أي: بالقضاء، وهو ينصرف عن تقليد وتفويض، والإمام إنما رضي بتصرفه لديانته وأمانته، والناس يتفاوتون في ذلك، ولهذا قلنا: إن الوكيل لا يملك التوكيل، فلا يكون مطلق التفويض إذنًا له بالاستخلاف، بخلاف المأمور بإقامة الجمعة، حيث يجوز له استخلاف غيره وإن لم يؤذن بالاستخلاف؛ لأنه لما فوض إليه إقامة الجمعة مع علمه أن العوارض المانعة من إقامتها من المرض والحدث في الصلاة مع ضيق الوقت وغيرهما قد تعتريه، ولا يمكن انتظار الإمام الأعظم؛ لأنها لا تحتمل

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٤٦)، فتح القدير (٧/ ٢٩٨).
(٢) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/ ٥٨٤)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ١١٨).
(٣) انظر: الذخيرة (١٠/ ١٢٤)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٠٤).
(٤) انظر: المغني (١٠/ ٩٢)، الشرح الكبير على متن المقنع (١١/ ٣٨٥).
(٥) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ٢٣٣).
(٦) انظر: الذخيرة (١٠/ ١٢٤)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٠٤).
(٧) انظر: المغني (١٠/ ٩٢).
(٨) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ٣٣١)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/ ٨٦).

يَسْتَخْلِفُ، اسْتَخْلَفَ وَقَضَى. لِأَنَّهُ عَلَى شَرَفِ الفَوَاتِ لِتَوَقُّتِهِ، فَكَانَ الأَمْرُ بِهِ إِذْنًا بِالِاسْتِخْلَافِ دَلَالَةً وَلَا كَذَلِكَ القَضَاءُ. وَلَوْ قَضَى الثَّانِي بِمَحْضَرٍ مِن الأَوَّلِ أَوْ قَضَى الثَّانِي فَأَجَازَ الأَوَّلُ: جَازَ كَمَا فِي الوَكَالَةِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ حَضَرَهُ رَأْيُ الأَوَّلِ وَهُوَ الشَّرْطُ، وَإِذَا فُوِّضَ إِلَيْهِ يَمْلِكُهُ، فَيَصِيرُ الثَّانِي نَائِبًا عَنْ الأَصِيلِ حَتَّى لَا يَمْلِكَ الأَوَّلُ عَزْلَهُ، إِلَّا إِذَا فُوِّضَ إِلَيْهِ العَزْلَ هُوَ الصَّحِيحُ.

التأخير عن الوقت، فكان إذنًا له بالاستخلاف دلالة، وهنا تأخير سماع الخصومة إلى وجود الإذن من الإمام الأعظم ممكن؛ لأنه غير مؤقت بوقت، فلم يثبت الإذن صريحًا ولا دلالة بالاستخلاف، فلا يمكن التفويض إلى الغير، وهذا معنى قول الشيخ: **(لأنه)** أي: لأن أداء الجمعة **(على شرف الفوات)** إلى آخره.

وفي المبسوط[١]: والاستخلاف في الجمعة للغير إنما يجوز إن كان المأمور شهد الخطبة، فإذا لم يكن حضر الخطبة لا يجوز للخليفة إقامة الجمعة؛ إذ الخطبة من شرائط افتتاح الصلاة، أما لو سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة ـ يجوز؛ لأن هناك المأمور ثانٍ وليس بمفتتح، والخطبة شرط الافتتاح، وقد وجد ذلك في حق الأصل، وكذا لو أفسدها هذا الخليفة واستفتح يجوز وإن لم يشهد الخطبة؛ لأن شروعه فيها صح، وبعد الشروع التحق بمن شهد الخطبة حكمًا.

قوله: (ولو قضى الثاني) أي: عند غير الأول[٢].

قوله: (حتى لا يملك الأول عزله) لأنه صار قاضيًا من جهة الخليفة فلا يملك عزله، وقال أحمد[٣] يملك عزله، وبه قال الشافعي[٤]؛ لأنه نائبه فصار كوكيله، والموكل يملك عزل وكيله، وقلنا لما صح استخلافه من جهة الخليفة

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢/ ١٢٢، ١٢٣).

(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٢٩٩)، البناية شرح الهداية (٩/ ٤٧).

(٣) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٢٥)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (١١/ ١٧٢).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ٢٣٣).

قَالَ: (وَإِذَا رُفِعَ إِلَى القَاضِي حُكْمُ حَاكِمٍ أَمْضَاهُ، إِلَّا أَنْ يُخَالِفَ الكِتَابَ أَوْ السُّنَّةَ أَوْ الإِجْمَاعَ، بِأَنْ يَكُونَ قَوْلًا لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَا اخْتَلَفَ

فيكون هو نائبًا عن الخليفة، فلا يملك الأول عزله إلا أن يقول له الخليفة: ولِّ من شئت واستبدل من شئت، فصار كالوكيل إذا قال له الموكل: اعمل برأيك، صح توكيله على الموكل، وصار الثاني وكيل الموكل، حتى لو مات الموكل الثاني لا ينعزل وكيله، فكذا إذا عزله الأول[١].

قوله: (إلا أن يخالف الكتاب) كالحاكم بحل متروك التسمية عامدًا **(أو السنة)** أي: المشهورة، كالحكم بحل المطلقة ثلاثًا بمجرد نكاح الزوج الثاني بلا دخول على مذهب ابن المسيب وابن جبير، فإن اشتراط الدخول ثابت بالحديث المشهور، وهو حديث العسيلة **(أو الإجماع)** كالحكم ببطلان قضاء القاضي في المجتهدات على ما يجيء[٢].

قوله: (وفي الجامع) إلى آخره، وإنما ذكر لفظ الجامع بهذا اللفظ المذكور؛ لأن فيه فائدتين: **إحداهما**: أنه قُيِّد بالفقهاء؛ لأن القاضي إذا كان غير عالم بموضع الاجتهاد، فاتفق قضاؤه في موضع الاجتهاد، فعلى قول عامة المشايخ لا يجب على الثاني تنفيذه، كذا ذكره في فصول الأستروشني محالًا إلى المحيط[٣] والذخيرة، فقال: لو قضى في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك، قيل: ينفذ قضاؤه، وقال عامتهم: لا ينفذ، وإنما ينفذ إذا علم بكونه مجتهدًا فيه. قال شمس الأئمة: هذا هو ظاهر المذهب.

والثانية: أنه قُيِّد بقوله: يرى غير ذلك، ففي رواية القدوري لم يتعرض بذلك، [٢/١٨٨/أ] فيحتمل أن قوله: أمضاه فيما إذا كان رأي القاضي موافقًا لحكم الأول، وإذا كان مخالفًا لا يمضيه، فأبانت رواية الجامع بأن ذلك الإمضاء عام فيما سوى المستثنيات، سواء كان يوافق رأيه أو يخالف؛ لأن الحكم لاقى سجلًا مجتهدًا فينفذ، ولا ينقض باجتهاد آخر.

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٢٩٩)، البناية شرح الهداية (٩/ ٤٨).
(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٠٠)، البناية شرح الهداية (٩/ ٤٨).
(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٧١، ٧٢، ٧٦).

فِيهِ الفُقَهَاءُ فَقَضَى بِهِ القَاضِي، ثُمَّ جَاءَ قَاضٍ آخَرُ يَرَى غَيْرَ ذَلِكَ أَمْضَاهُ) وَالأَصْلُ: أَنَّ القَضَاءَ مَتَى لَاقَى فَصْلًا مُجْتَهَدًا فِيهِ يُنْفِذُهُ وَلَا يَرُدُّهُ غَيْرُهُ، لِأَنَّ اجْتِهَادَ الثَّانِي كَاجْتِهَادِ الأَوَّلِ، وَقَدْ يُرَجَّحُ الأَوَّلُ بِاتِّصَالِ القَضَاءِ بِهِ فَلَا يُنْقَضُ بِمَا هُوَ دُونَهُ.

(وَلَوْ قَضَى فِي المُجْتَهَدِ فِيهِ مُخَالِفًا لِرَأْيِهِ نَاسِيًا لِمَذْهَبِهِ، نَفَذَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَإِنْ كَانَ عَامِدًا فَفِيهِ رِوَايَتَانِ) وَوَجْهُ النَّفَاذِ: أَنَّهُ لَيْسَ بِخَطَإٍ بِيَقِينٍ، ....

وقد صح عن عمر أنه قلد القضاء لأبي الدرداء بعد كثرة أشغاله، فاختصم إلى أبي الدرداء رجلان في شيء، فقضى لأحدهما، ثم لقي عمر المقضي عليه، فسأله عن حاله فقال: قضى عليَّ، فقال عمر: لو كنت مكانه لقَضْيت لك، فقال المقضي عليه: وما يمنعك عن القضاء، فقال عمر: ليس هنا نص والرأي مشترك.

وعن عمر أنه قضى في حادثة بقضية، ثم قضى فيها بخلاف ذلك، فقيل له في ذلك فقال: تلك كما قضينا، وهذه كما نقضي **(ولأن اجتهاد الثاني)** إلى آخره كما ذكر في المتن(١).

قوله: (ففيه) أي: عن أبي حنيفة **(روايتان)**، في رواية: لا ينفذ، وبه يفتي شمس الأئمة الأورجندي؛ لأنه زعم فساد قضائه، فيعامل في حقه بزعمه، وفي رواية: ينفذ، وبه يفتي الصدر الشهيد(٢) والمرغيناني(٣).

(لأنه ليس بخطأ بيقين)؛ لأن كل مجتهد يقطع القول بأن الصواب اجتهاده دون اجتهاد خصمه؛ بل الأمر محتمل عنده فتعين الصواب فيما اتصل به القضاء حملًا لأمر القضاء على الصواب، وذكر في الذخيرة(٤) الاختلاف في نفاذ القضاء.

وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الإقدام على القضاء، فقال من

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٠٠)، البناية شرح الهداية (٩/ ٤٩).
(٢) انظر: شرح أدب القاضي (١/ ١٩٧).
(٣) انظر: بداية المبتدئ (١/ ١٥١).
(٤) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٧٩).

وَعِنْدَهُمَا: لَا يَنْفُذُ فِي الوَجْهَيْنِ(*)، لِأَنَّهُ قَضى بِمَا هُوَ خَطَأٌ عِنْدَهُ، وَعَلَيْهِ الفَتْوَى، ثُمَّ المُجْتَهَدُ فِيهِ أَنْ لَا يَكُونَ مُخَالِفًا لِمَا ذَكَرْنَا. وَالمُرَادُ بِالسُّنَّةِ: المَشْهُورَةِ مِنهَا، وَفِيمَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ الجُمْهُورُ ....

وجه: من قال بالجواز أن القاضي مأمور بالمشاورة، ولو لم يجز له الأخذ برأي غيره إذا كان مخالفًا لرأيه ـ لم يكن للأمر بالمشاورة فائدة.

ووجه من قال بعدم الجواز قوله تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَآءَهُمْ﴾ [المائدة:٤٩] نهى القاضي عن اتباع هوى الغير إذا كان مخالفًا لرأيه اتباع هوى الغير.

قوله: (وعندهما لا ينفذ في الوجهين) أي: النسيان والعمد، وبه قال الشافعي[(١)] ومالك[(٢)] وأحمد[(٣)] وعليه الفتوى؛ لأنه زعم فساد قضائه، والمرء مؤاخذ بزعمه. كذا في المحيط[(٤)].

وذكر في الصغرى: الفتوى على قول أبي حنيفة في نفاذ القضاء على خلاف المذهب، وعندهما لا ينفذ، وفي فتاوى ظهير الدين إسحاق: للسلطان أن ينقض ذلك.

قوله: (والمراد بِالسُّنَّةِ المشهورة)، فقوله: **(المشهورة)** رَفعٌ على أنه خبر للمبتدأ[(٥)].

قوله: (اجتمع عليه الجمهور) في المغرب[(٦)]: جمهور الناس: جُلّهم وأكثرهم.

بمعنى الإجماع، ينعقد بإجماع أكثر أهل الإجماع فلا يعتبر مخالفة الأقل؛ لأن العبرة للأكثر.

(*) الراجح: قول الصاحبين.
(١) انظر: الأم (٧/ ٩٩)، الحاوي الكبير (١٦/ ١٧٣).
(٢) انظر: الذخيرة (١٠/ ١٢٥).
(٣) انظر: المغني (١٠/ ٤٧)، الشرح الكبير على متن المقنع (١١/ ٤٠١).
(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٧٩).
(٥) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٠٥)، البناية شرح الهداية (٩/ ٥٠).
(٦) المغرب في ترتيب المعرب (١/ ٨٩).

لَا يُعْتَبَرُ مُخَالَفَةُ البَعْضِ، وَذَلِكَ خِلَافٌ وَلَيْسَ بِاخْتِلَافٍ، وَالمُعْتَبَرُ الِاخْتِلَافُ فِي الصَّدْرِ الأَوَّلِ.

فإن قيل: ذكر في أصول شمس الأئمة والتقويم[١] وغيره: أن الإجماع لا ينعقد بمخالفة البعض، ولهذا اختلفوا في إجماع سبقهم فيه مخالف، قال بعضهم: لا يكون إجماعًا.

قلنا: نعم كذلك، لكن ذلك فيما إذا سوغوا له الاجتهاد في ذلك الحكم، أما إذا لم يسوغوا له الاجتهاد فيه فلا تعتبر مخالفته فيه، وما ذُكر في الكتاب من ذلك القبيل، بدليل ما ذُكر شمس الأئمة في أصوله[٢].

وكان الكرخي يقول: شرط الإجماع أن يجتمع علماء العصر كلهم حتى لو خالفهم واحد لم يثبت حكم الإجماع، وبه قال الشافعي[٣] إلى أن قال: والأصح عندي ما أشار إليه أبو بكر الرازي أن الواحد إذا خالف الجماعة، فإن سوغوا له الاجتهاد لا يثبت حكم الإجماع بدون قوله، كقول ابن عباس في زوج وأبوين وامرأة، للأم ثلث جميع المال، وإن لم يسوغوا له الاجتهاد، وأنكروا عليه فإنه ثبت حكم الإجماع بدون قوله، كقول ابن عباس في حل ربِا النقد فإن الصحابة لم يسوغوا له هذا الاجتهاد؛ لأنه مخالف لظاهر الكتاب، حتى روى أنه رجع إلى قولهم، وكان الإجماع ثابتًا دون قوله.

قوله: (الصَّدر الأول)، وهم الصحابة.

وفي الذخيرة[٤]: إنما اعتبر الخصّاف الخلاف بين المتقدمين، والمراد من المتقدمين: الصحابة ومن معهم من السَّلف، ولم يعتبر الخلاف بيننا وبين الشافعي، والعبرة لحقيقة الاختلاف في صيرورة المحل مجتهدًا فيه.

وفي المنتقى: يشير إلى أن العبرة لاشتباه الدليل لا لحقيقة الاختلاف، ألا ترى أن القاضي لو قضى بإبطال طلاق المكره نفذ قضاؤه؛ لأنه قضاء في مجتهد

---

(١) تقويم الأدلة في أصول الفقه (ص: ٢٦).
(٢) أصول السرخسي (١/ ١١٤).
(٣) انظر: جماع العلم للشافعي (ص: ٣٠).
(٤) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٧١).

قَالَ: (وَكُلُّ شَيْءٍ قَضَى بِهِ القَاضِي فِي الظَّاهِرِ بِتَحْرِيمٍ فَهُوَ فِي البَاطِنِ كَذَلِكَ

فيه؛ لأنه موضع اشتباه الدليل؛ إذ اعتبار الطلاق بسائر تصرفاته يبقى [٢/ ١٨٨/ ب] حكمه.

وكذا لو قضى في حد أو قصاص بشهادة رجل وامرأتين، ثم رفع إلى قاضٍ آخر يرى خلاف ذلك، فإنه ينفذ قضاؤه ولا يبطله، وليس طريق نفاذ القضاء الأول في هذه الصورة حصوله في محل مختلف فيه؛ لأنه لا اختلاف فيه، وإنما طريقه أن القضاء الأول حصل في موضع اشتباه الدليل؛ لأن المرأة من أهل الشهادة، وظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] يدل على شهادة النساء مع الرجال مطلقًا نظرًا إلى اللفظ، وإن ورد في باب المداينة إلا أن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب، ولم يرد نص قاطع في إبطال شهادة النساء مع الرجال في هذه الصورة.

فلو قضى بجواز نكاح بغير شهود نفذ قضاؤه؛ لأن مختلف فيها، فمالِكٌ وعثمان البتي يشترطان الإعلان لا الشهود، وقد مرَّ في النكاح، وقد اعتبر خلافهما؛ لأن الموضع موضع اشتباه الدليل؛ إذ اعتبار النكاح بسائر التصرفات أو بفسخه يقتضي ألا يشترط الشهادة.

قوله: **(في الباطن)** أي: عند الله تعالى.

ومن صورة التحريم: ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثًا، وأقامت بيّنة كاذبة، وقضى القاضي بالفرقة، وتزوجت بآخر بعد انقضاء العدة؛ فعلى قول أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف أوّلًا ـ لا يحل للزوج الأول وطؤها ظاهرًا وباطنًا، ويحل للثاني ظاهرًا أو باطنًا، علم بحقيقة الحال أم لا.

وعلى قول أبي يوسف آخِرًا ومحمد والشافعي[(١)] ومالك[(٢)] وأحمد[(٣)] لا يحل للثاني وطؤها إذا كان عالمًا بحقيقة الحال.

ومن صورة التحريم أيضًا: صبي وصبية سُبيا وهما صغيران، فكبرا وأُعتقا ثم تزوج أحدهما الآخر، فجاء حربي مسلمًا وأقام بيّنة أنهما ولداه، فالقاضي

(١) انظر: الأم (٧/ ٤٢)، الحاوي الكبير (١٧/ ١١).
(٢) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ٢٤٥)، الذخيرة (١٠/ ١٤٦، ١٤٧).
(٣) انظر: المغني (١٠/ ٥٣، ٥٤)، كشاف القناع على متن الإقناع (٦/ ٣٥٨).

عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) وَكَذَا إِذَا قَضَى بِإِحْلَالٍ، وَهَذَا إِذَا كَانَتْ الدَّعْوَى بِسَبَبٍ مُعَيَّنٍ(*)، وَهِيَ مَسْأَلَةُ قَضَاءِ القَاضِي فِي العُقُودِ وَالفُسُوخِ بِشَهَادَةِ الزُّورِ، وَقَدْ مَرَّتْ فِي النِّكَاحِ.

قَالَ: (وَلَا يَقْضِي القَاضِي عَلَى غَائِبٍ إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: ....

يقضي بنسبهما ويفرق بينهما، فإن رجع الشهود أو تبيّن أنهم زور لا يسع للزوج وطؤها عنده؛ لأن القضاء بالحرمة نافذ ظاهرًا وباطنًا، وكذا عند محمد؛ لأنه لا يعلم حقيقة كذب الشهود.

ومن صورة الإحلال: ادعى رجل على امرأة نكاحًا وهي تجحد، وأقام بينة كاذبة، وقضى القاضي بالنكاح ـ حل للزوج وطؤها، وللمرأة التمكين عنده، وعندهما لا يحل لهما ذلك.

(وقد مرت في النكاح) أي: مرّ قضاء القاضي بشهادة الزور في النكاح بدلائلها[1].

قوله: (وقال الشافعي)[2]: يجوز إذا كان غائبًا عن البلد، أو عن مجلس الحكم غير مستتر في البلد قولًا واحدًا، وبه قال مالك[3] وأحمد[4]، ولو كان غائبًا عن مجلس الحكم غير مستتر في البلد ـ قولان: أصحهما أنه لا يحكم بدون حضوره، وبه قال أحمد[5] ومالك[6]؛ إذ في المستتر تضييع الحقوق، وفي غيره لا.

والثاني: أنه يجوز أن يحكم عليه؛ لوجود الحجة وظهور الحق، واحتج الشافعي[7] بقوله ﷺ: «**البيّنةُ على المُدّعِي**»[8]، فاشتراط حضور الخصم لإقامة

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٠٦، ٣٠٧)، البناية شرح الهداية (٩/ ٥١، ٥٢).

(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ٢٩٧)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/ ٥٢٧).

(٣) انظر: المدونة (٤/ ١٤)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ٢٥٥).

(٤) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٤١)، المغني (١٠/ ٩٧، ٩٨).

(٥) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٤١)، المغني (١٠/ ٩٧، ٩٨).

(٦) انظر: الذخيرة (١٠/ ١١٤)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٦٣).

(٧) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ١٩٧)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/ ٥٢٧).

(٨) أخرجه الترمذي (٣/ ١٩ رقم ١٣٤١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/ ١٢٣ رقم ١٦٨٨٢) =

....

البيّنة زيادة عليه، ولما قالت هند: يا رسول الله! إن أبا سفيان شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي، فقال ﷺ: «**خُذِي مِنْ مَالِه ما يَكفِيكِ وَولدَكِ بالمَعروفِ**»(١) فقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب.

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لعلي: «**لا تَقْضِ لِأَحدِ الخَصمَين بشيءٍ حَتى تَسمَعَ كَلَام الآخَرِ، فإنّكَ لا تَدْرِي بِمَا يَقْضِي**» رواه الترمذي، وقال: حديث حسن(٢)، فعلم أن الجهالة تمنعه عن القضاء، وأنها لا ترتفع إلا بكلامهما.

وأما قوله ﷺ: «**البيّنَةَ عَلى المُدّعي**» فدليلنا؛ لأن البينة اسم لما يحصل به البيان، وليس المراد البيان في حق المدعي؛ لأنه حاصل بقوله: ولا في حق القاضي؛ لأنه حاصل بقول المدعي إذا لم يكن له منازع، إنما الحاجة إلى البيان في حق الخصم الجاحد، وذلك لا يكون إلا بحضوره.

ألا ترى أنه ﷺ جعل البينة على المدعي في حال لو عدمها استحلف الخصم، فقال: «**واليَمِينُ عَلى مَنْ أَنْكَرَ**»، ولا يكون ذلك إلا بمحضر منه، ولأن البينة حجة، ولا يكون حُجّة عليه ما لم يظهر عجزه عن الدفع والطعن، والقرآن صار حجة على الناس حين ظهر عجزهم عن المعارضة، وظهوره لا يكون إلا بحضوره.

ولا حجة له في حديث هند؛ لأنه ﷺ كان عالمًا بسبب استحقاق النفقة على أبي سفيان، وهو النكاح.

ألا ترى أنها لم تقم البينة ولا بأحد المتداعيين، فيكون حضوره شرطا للقضاء كحضور [٢/ ١٨٩/أ] المدعي؛ بل أولى؛ فإن المدعي ينتفع بالقضاء

= من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ قال في خطبته: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه».
قال الترمذي: هذا حديث في إسناده مقال، ومحمد بن عبيد الله العرزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه، ضعفه ابن المبارك، وغيره.

(١) أخرجه البخاري (٣/ ٧٩ رقم ٢٢١١)، ومسلم (٣/ ١٣٣٨ رقم ١٧١٤) من حديث عائشة رضي الله عنها.
(٢) أخرجه الترمذي (٣/ ١١ رقم ١٣٣١)، وأحمد (١/ ٩٠ رقم ٢٩٠).

....

والمدعى عليه يتضرر، فإذا شرط حضور من له النفع فحضور من له الضرر أولى أن يَشترط، ولأن إنكار الخصم شرط للعمل بالبينة، حتى لا تسمع البينة على المقر، ولا يُقضى بها إذا اعترض الإقرار قبل القضاء، وبغيبة الخصم يفوت شرط العمل بالبينة، وهو الإنكار، وإنكاره، وإن كان ثابتًا بطريق الظاهر.

أما الشرط بطريق الظاهر لا يثبت عندنا ما لم يتيقن به، ولهذا لو قال لعبده: إن لم أدخل اليوم الدار فأنت حر، فمضى اليوم، وقال: دخلت، وقال العبد: لم يدخل؛ لم يعتق العبد، وإن كان عدم الدخول ثابتًا بطريق الظاهر.

وفي الأسرار: أسند الدخول إلى العبد بأن قال له: إن لم يدخل الدار فمضى اليوم ولا يدري أدخل أو لا، والعبد يدعي عدم الدخول؛ لم يعتق وإن كان الأصل هو العدم؛ لأنه جعله شرط العتق، فما لم يثبت بدليله لا يعتق، فكذا فيما نحن فيه وإن كان الأصل عدم الإقرار؛ إذ الأصل في اليد يد ملك فلا يكون ذلك دليلًا متى جعل شرطًا لغيره؛ لما عرف أن الاستصحاب يكون حجة دافعة لا موجبة، فلا تصير به البينة بالظاهر حجة، وهذا سر المسألة، فإن الاستصحاب عنده حجة موجبه.

فإن قيل: الخلاف ثابت فيما إذا حضر وأنكر ثم غاب.

قلنا: بقاء الإنكار إلى حين القضاء شرط؛ لأن البينة إنما تصير حجة بالقضاء، وبقاؤه محتمل.

فإن قيل: لو حضر وسكت تُسمع البينة مع أن سكوته محتمل للإقرار.

قلنا: يجعل القاضي سكوته إنكارًا؛ إذ الظاهر من حال المسلم أن لو كان عليه حق لما سكت. كذا في المبسوط[1] والأسرار والذخيرة.

فإن قيل: وقف الحكم إلى حضور المدعى عليه بعد ثبوت البينة غير مفيد؛ لأن المدعى عليه لو حضر؛ فإما أن يُقر أو يُنكر، فعلى الوجهين كان الدعوى لازمة عليه.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٦/ ٩٧).

يَجُوزُ لِوُجُودِ الحُجَّةِ وَهِيَ البَيِّنَةُ فَظَهَرَ الحَقُّ. وَلَنَا: أَنَّ العَمَلَ بِالشَّهَادَةِ لِقَطْعِ المُنَازَعَةِ، وَلَا مُنَازَعَةَ دُونَ الإِنْكَارِ وَلَمْ يُوجَدْ، وَلِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الإِقْرَارَ وَالإِنْكَارَ مِن الخَصْمِ فَيَشْتَبِهُ وَجْهُ القَضَاءِ، لِأَنَّ أَحْكَامَهُمَا مُخْتَلِفَةٌ، وَلَوْ أَنْكَرَ ثُمَّ غَابَ فَكَذَلِكَ، لِأَنَّ الشَّرْطَ قِيَامُ الإِنْكَارِ وَقْتَ القَضَاءِ، وَفِيهِ خِلَافُ أَبِي يُوسُفَ ﷺ، وَمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ قَدْ يَكُونُ نَائِبًا بِإِنَابَتِهِ كَالوَكِيلِ أَوْ بِإِنَابَةِ الشَّرْعِ كَالوَصِيِّ مِن جِهَةِ القَاضِي، .....

قلنا: بل هو مفيد؛ لأنه يحتمل أن يطعن في البينة ويثبت طعنه بالحجة، ويحتمل أن يسلم الدعوى ثم يدعي الأداء إلى المدعي ويثبت بالحجة، ولأنه لو حضر يحتمل أنه أقر فيبطل حكم البينة؛ إذ لا حكم بالإقرار، فكان حكمه بالبينة في غير محله، ولأن حكم القضاء بالإقرار غير حكم القضاء بالبينة؛ لأن حكم القضاء بالبينة يقع على الناس كافة، وبالإقرار يختص بالمُقِر، ويظهر ذلك فيمن اشترى جارية فولدت عنده، فاستحقها رجل بالبينة ـ يأخذها وولدها، ولو أقر بها لرجل يأخذ ولدها ولا يرجع بالثمن على بائعها، وبالبينة يرجع الباعة بعضهم على بعض، والمسألة معروفة.

قوله: (خلاف أبي يوسف) فإنه قال: يحكم بها؛ لأن إنكاره سمع نصًّا، ووجد شرط حجتها، كما لو أقر ثم غاب يقضي بالإقرار.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: أنه لا يقضي بالبينة ويقضي بالإقرار، وهو قول أبي حنيفة؛ لأن في البينة للمُدّعى عليه حق الطعن في الشهود، والقضاء عليه حال غيبته يبطل هذا الحق، أما ليس له حق الطعن في إقراره فالقضاء عليه حال غيبته لا يبطل عليه حقه.

وكان أبو يوسف يقول أولًا: لا يقضي بالبينة والإقرار على الغائب جميعًا، ثم رجع حين ابتُليَ بالقضاء، وقال: يقضي فيهما جميعًا، واستحسن في ذلك حفظًا لأموال الناس وحقوقهم. كذا في الذخيرة[1] والمغني.

وقوله: (من يقوم مقامه) أي: مقام الغائب في أول المسألة.

(قد يكون نائبا بإنابته كالوكيل، أو بإنابة الشرع، كالوصي من جهة القاضي)

---

(١) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٢٨١).

وَقَدْ يَكُونُ حُكْمًا بِأَنْ كَانَ مَا يَدَّعِي عَلَى الغَائِبِ سَبَبًا لِمَا يَدَّعِيهِ عَلَى الحَاضِرِ، .....

قيد به احترازًا عن المسخر من جهة القاضي، فإن فيه اختلاف الروايتين. ذكره في الذخيرة(١).

وتفسير المسخر: أن ينصب القاضي وكيلًا عن الغائب ليسمع القاضي الخصومة عليه، والقاضي يعلم أنه ليس بخصم ـ لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر، وإنما يجوز نصب الوكيل عن خصم اختفى في بيته، ولا يحضر مجلس الحكم، ولكن بعد بعث أمنائه إلى باب داره، ونادى على باب داره، وقال: احضر مجلس الحكم وإلا يحكم عليك، أما في غير ذلك الموضع فلا.

وذكر محمد في شهادات الجامع: رجل غاب، وجاء رجل، وادعى على رجل ذكر أنه غريم الغائب، والغائب وكله بطلب كل حق له على غرمائه بالكوفة وبالخصومة، [٢/ ١٨٩/ ب] والمدعى عليه ينكر وكالته، فأقام بينة على وكالته ـ قُضيَ عليه بالوكالة.

قال شيخ الإسلام: فيه دليل على جواز الحكم على المسخر، فإنه قال: ادعى على رجل ذكر أنه غريم الغائب، ولم يقل: هو غريم الغائب.

قال الصدر الشهيد: هذا محمول على ما إذا لم يعلم القاضي بكونه مسخرًا.

قيل: وينبغي أن تكون المسألة على الروايتين؛ لأن هذا في الحاصل قضاء على الغائب، وفي القضاء على الغائب روايتان، والمرغيناني(٢) يفتي بعدم النفاذ في القضاء على الغائب؛ لئلا يتطرقوا إلى هدم مذهب أصحابنا.

قوله: (وقد يكون حكمًا) هذا معطوف على قوله: (قد يكون بإنابته)

قوله: (ما يدعي على الغائب سببًا لما يدعيه على الحاضر) أي: يكون سببًا لا محالة، أما إذا كان سببًا في وقت دون وقت لا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، كما لو ادعى على امرأة أن زوجك وكلني أن أحملك إليه.

---

(١) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٢٨١).

(٢) انظر: بداية المبتدئ (١/ ١٥١).

وَهَذَا فِي غَيْرِ صُورَةٍ ....

فقالت: قد طلقني ثلاثاً، وبرهنت ـ قبلت في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق إثبات الطلاق على الغائب، حتى لو حضر الغائب وأنكر الطلاق أعادت البينة؛ لأن المدعي على الغائب ليس بسبب لثبوت ما يدعي على الحاضر، وهو قصر يد الوكيل لا محالة، فإن تحقق الطلاق قد لا يجب قصر يد الوكيل بأن لم يكن وكيلًا بالحمل قبل الطلاق، وقد يوجب بأن كان وكيلًا قبل الطلاق، فكان ما ادعى على الغائب سببًا لما ادعى على الحاضر من وجه دون وجه، فقلنا: يقتضي قصر يده لا الطلاق. كذا في الذخيرة[1].

قوله: **(وهذا)** أي: وما يدعى على الغائب سببًا لا محالة لما يدعيه على الحاضر **(في غير صورة)**.

قال شيخ الإسلام: وتفسير ذلك في مسائل:

منها: إذا ادعى دارًا في يد رجل أنها له، اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها، وأنكر ذو اليد، وقال: إنها لي، وأقام المدعي بينة على دعواه قبلت، ويكون ذلك قضاء على الغائب، وينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب؛ لأن ما يدعى على الغائب، وهو الشراء منه، سبب لما يدعي على الحاضر؛ لأن الشراء من المالك سبب له لا محالة.

ومنها: ادعى على رجل أنه كفيل عن فلان بما يذوب له عليه، فأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر الحق، فبرهن المدعي أنه ذاب له على فلان ألف درهم، فإنه يقضي بها.

ومنها: ما إذا ادعى الشفعة في دار إنسان، وقال ذو اليد: ما اشتريتها من أحد والدار داري، فبرهن المدعي أنه اشتراها بألف من فلان الغائب، وهو يملكها، وأنه شفيعها يقضي بالشراء في حق ذي اليد والغائب جميعًا، ومثال ما ادعى شيئين، وما يدعيه على الغائب سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر.

بيانه في مسائل منها: إذا شهد شاهدان على رجل بحق، فقال المشهود

---

(١) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/ ١٥٠).

فِي الكُتُبِ، أَمَّا إِذَا كَانَ شَرْطًا لِحَقِّهِ فَلَا مُعْتَبَرَ بِهِ فِي جَعْلِهِ خَصْمًا عَنْ الغَائِبِ، وَقَدْ عُرِفَ تَمَامُهُ فِي «الجَامِعِ».

عليه: هما عبدان لفلان وأقام، وبرهن المشهود له أن فلانًا الغائب أعتقهما وهو يملكهما؛ يقضى بالعتق في حق الحاضر والغائب جميعًا، والمُدعى شيئان: المال والعتق على الغائب، وهو سبب لثبوت المدعى على الحاضر لا محالة؛ لأن ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال، فصارا كشيء واحد معنى.

ومنها: إذا قذف محصنًا حتى وجب عليه الحد، فقال القاذف: أنا عبد وعليّ حد العبيد، وقال المقذوف: بل أعتقك مولاك، وعليك حد الأحرار وبرهن على الإعتاق من الغائب؛ يقضى بالعتق في حق الحاضر والغائب.

ومنها: إذا ادعت امرأة ضمان بقية مهرها على زوج غائب على حاضر عند وقوع الفرقة، فأقر المدعى عليه بالضمان وأنكر الفرقة، وبرهنت لوقوع الحرمة الغليظة ـ يقضى بالحرمة على الغائب، وبالمال على الحاضر.

قال صاحب الذخيرة(١): فيه نظر؛ لأن المدعي على الغائب ليست بسبب للمدعي على الحاضر بل هو شرط، وفي مثل هذا لا ينتصب الحاضر خصمًا عن الغائب، فينبغي أن يقضى بالمال على الحاضر، ولا يقضي على الغائب بالفرقة، ولو كان المدعى شيئين ما يدعيه على الغائب لا يكون سببًا، أو مترددًا لا ينتصب الحاضر خصمًا ولا يقضى في حق الغائب؛ بل يقضي في حق الحاضر.

قوله: (وقد عرف تمامه في الجامع) [٢/ ١٩٠/ أ]، وذكر في طلاق الجامع الصغير: رجل قال لامرأته: إن طلق فلان امرأته فأنت طالق، ثم برهنت امرأة الحالف أن فلانًا طلق امرأته، وفلان غائب ـ لا يقبل منها، ولا يحكم بوقوع الطلاق عند العامة، بخلاف ما لو قال: إن دخل فلان الدار فأنت طالق، وبرهنت على دخول فلان وهو غائب ـ يقبل، ويحكم بوقوع الطلاق؛ لأن ذلك ليس بقضاء على الغائب؛ إذ ليس فيه إبطال حق الغائب.

---

(١) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/ ١٥٠، ١٥١).

قَالَ: (وَيُقْرِضُ القَاضِي أَمْوَالَ اليَتَامَى، وَيَكْتُبُ ذِكْرَ الحَقِّ) لِأَنَّ فِي الإِقْرَاضِ مَصْلَحَتَهُمْ لِبَقَاءِ الأَمْوَالِ مَحْفُوظَةً مَضْمُونَةً، وَالقَاضِي يَقْدِرُ عَلَى الِاسْتِخْرَاجِ وَالكِتَابَةِ لِيَحْفَظَهُ (وَإِنْ أَقْرَضَ الوَصِيُّ ضَمِنَ) لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى الِاسْتِخْرَاجِ، وَالأَبُ بِمَنْزِلَةِ الوَصِيِّ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ لِعَجْزِهِ عَنْ الِاسْتِخْرَاجِ.

وقد أفتى بعض المتأخرين بوقوع الطلاق في المسألة الأولى، منهم فخر الإسلام والأوزجندي، والأصح أنه لا يقبل، ولا ينتصب الحاضر، وبه يفتي المرغيناني[(١)].

قوله: (ويكتب ذكر الحق) أي: يكتب كتابًا لأجل الحق وهو الصك، والحق هاهنا: الإقراض.

(يقدر على الاستخراج) أي: تحصيل المال من المستقرض بلا شهود بعمله، بخلاف الأب والوصي حيث لا يقدران.

(لأنه) أي: الوصي **(لا يقدر على الاستخراج)** فربما يجحد المستقرض ولا يجد شهودًا يوافقونه في أداء الشهادة ولو وجد فلا كل بيّنة تعدل، ولا كل قاضٍ يعدل.

وفي الجثو بين يدي القاضي ذل وصغار، فكان إضرارًا بالصغار على هذا الاعتبار.

والفرق أن القرض تبرع ابتداءً معاوضة انتهاءً؛ لما أنه قطع الملك عن العين ببدل في ذمة المفلس؛ إذ الاستقراض في العادات ممن هو مفلس، ولهذا حل محل الصدقة، وزاد عليها في الثواب؛ لزيادة الحاجة فاعتبر معاوضة في حق القاضي؛ لأن البدل مأمون عن التوى؛ لأنه يتمكن من الاسترداد متى شاء كما ذكرنا، وتبرعًا في حق الوصي والأب؛ لعدم تمكنهما من الاسترداد كما ذكرنا[(٢)].

قوله: (في أصح الروايتين) قال شمس الأئمة[(٣)]: في الأب روايتان:

---

(١) انظر: بداية المبتدئ (١/ ١٥١).
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٥٦)، فتح القدير (٧/ ٣١٤).
(٣) انظر: المبسوط للسرخسي (٢١/ ١٠٣).

....

أظهرهما: أنه لا يملك كالوصي؛ لأنه لا يؤمن التَّوى بجحود المستقرض، وفي رواية: يملك؛ لأن ولاية الأب عامة في المال والنفس، كولاية القاضي، ونفقته تمنعه من ترك النظر له، والظاهر أنه يعرضه ممن يأمن جحوده، وأن أخذه الأب قرضًا لنفسه قالوا: يجوز، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز.

ثم فرع عليه الخصاف، وقال: ينبغي للقاضي أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم مال اليتيم، حتى لو اختل أحد منهم يأخذ المال من يده؛ لأن القاضي وإن كان له ولاية الاسترداد شرعًا لكن يمكنه الاسترداد من الموسر دون المعسر، ألا ترى أنه لو كان المستقرض معسرًا في الابتداء لا يجوز له أن يقرض مال اليتيم، فكذا لا يترك ماله على المفلس أيضًا، وإنما يتمكن منه بالتفحص. كذا ذكره المحبوبي.

وهل للقاضي أن يحكم بعلمه؟

فعندنا له ذلك، وبه قال الشافعي[1] في قول، وأحمد[2] في رواية، ومالك في رواية عبد الملك[3] منه إذا علمه بعد تقلد القضاء أنه يحكم بعلمه بأن شاء هذه فجاز، كما يحكم بعلمه بعد ثبوت البينة، يؤيده حديث هند فإنه ﷺ قال لها: «**خُذِي مِنْ مَالِه ما يَكفِيكِ وَولدَكِ بالمَعروفِ**»[4]، فقضى بعلمه.

وقال أحمد في ظاهر مذهبه[5]، ومالك في ظاهر مذهبه[6]، والشافعي[7] في قول: لا يجوز؛ لأنه يتهم في الحكم بعلمه، فلا يجوز كالحكم لولده، يؤيده ما روي عن عمر أنه تداعيا عنده رجلان، فقال له أحدهما: أنت شاهدي، فقال عمر: إن شئتما شهدت ولم أحكم، فقال: اشهد.

---

(١) انظر: الأم (٧/ ١١٩)، الحاوي الكبير (١٦/ ٣٢٢).
(٢) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٤٠)، المغني (١٠/ ٤٨، ٤٩).
(٣) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ٢٥٣، ٢٥٤)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٢/ ١٠١٨).
(٤) أخرجه البخاري (٣/ ٧٩ رقم ٢٢١١)، ومسلم (٣/ ١٣٣٨ رقم ١٧١٤) من حديث عائشة رضي الله عنها.
(٥) انظر: المكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٤٠)، والمغني (١٠/ ٤٨، ٤٩).
(٦) انظر: المدونة (٤/ ١٦)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ٢٥٣).
(٧) انظر: الأم (٧/ ١١٩)، الحاوي الكبير (١٦/ ٣٢٢).

بَابُ التَّحْكِيمِ

ولو رأى شيئًا قبل أن يتقلد القضاء، أو في غير مصره الذي هو قاضيه ـ لا يحكم عند أبي حنيفة ومالك[١] خلافًا لهما، وبقولهما قال الشافعي[٢] في قول وأحمد[٣] في رواية، لهم أن العلم حاصل له حسب حصوله في حال قضائه أو مصره، ولأبي حنيفة أنه شهادة لا علم قضاء، فلا يصير موجبًا إلا بلفظ الشهادة والعدد.

بَابُ التَّحْكِيمِ

وهذا أيضًا من فروع القضاء؛ لكن المحكِّم أحط رتبة من القاضي أخَّر ذكره[٤] عن ذكر أدب القاضي.

يقال حكمه: أي: فوض الحكم إليه، وهو جائز[٥] بالكتاب، قال تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ﴾ [النساء:٣٥] أراد به أن يحكم الزوجان حكمًا لاختيار المقام أو الفرقة، فلما جاز التحكيم في حق الزوجين دَلّ على جوازه في سائر الخصومات، وفيه نوع تأمل.

وبالسّنة، وهي ما روى أبو شريح أنه قال: يا رسول الله، إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوا بي فحكمت بينهم، فرضيَ عني [٢/ ١٩٠/ب] الفريقان، فقال ﷺ: «**مَا أَحسَنَ هَذا**»! رواه النسائي، وروي أنه ﷺ عمل بحكم سعد بن معاذ في بني قريظة في سبي ذراريهم وقتل مقاتليهم.

وأجمعت الصحابة على جواز التحكيم، ورُوي أن بين عمر وأبي بن كعب كان مداراة في شيء ـ أي: خصومة ـ فحكما بينهما زيد بن ثابت فأتياه، فخرج زيد وقال لعمر: هلا بعثت فأتيتك يا أمير المؤمنين، فقال عمر: في بيته تؤتى الحكم، فدخلا بيته، وألقى لعمر وسادة، فقال عمر: هذا أول جورك، وكانت

---

(١) انظر: المدونة (٤/ ١٦)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ٢٥٣).
(٢) انظر: الأم (٧/ ١١٩)، الحاوي الكبير (١٦/ ٣٢٢).
(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٤٠)، المغني (١٠/ ٤٨، ٤٩).
(٤) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧/ ٢٤)، رد المحتار على الدر المختار (٥/ ٤٢٧).
(٥) انظر: المبسوط للسرخسي (١٦/ ٧٣)، (٢١/ ٦٢)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (٤/ ١٩٣).

....

اليمين على عمر، فقال زيد لأبي: لو أعفيت أمير المؤمنين، فقال عمر: يمين لزمتني أحلف، فقال أبي: نعفي أمير المؤمنين ونصدقه.

وفي الحديث فوائد[١]: منها: أنه يقع بينهم خصومة، ولا يظن بأحد منهم سوى الجهل، وإنما يكون ذلك عند اشتباه الحادثة عليهم، فيُقدمَان إلى القاضي لطلب البيان لا للتلبيس.

ومنها: جواز التحكيم، وزيد كان معروفًا فيهم بالفقه، حتى روي أن ابن عباس كان يختلف إليه، وأخذ ركابه عند ركوبه فقال: هكذا أمرنا أن نصنع بفقهائنا، فقبّل زيد يده فقال: هكذا أمرنا أن نصنع بأشرافنا.

ومنها: أن الإمام لا يكون قاضيًا في حق نفسه.

ومنها: أن من احتاج إلى العلم ينبغي أن يأتي العالم في منزله وإن كان وجيها في الناس، ولا يدعوه إلى نفسه، كما فعل عمر.

ومنها: أن زيدًا أتى عمر بوسادة امتثالًا لما ندب رسول الله ﷺ بقوله: «**إِذَا أَتَاكُمْ كَرِيمُ قَوم فَأَكْرِمُوهُ**»[٢]، وبسط النبي ﷺ رداءه لعدي بن حاتم، لكن عمر لم يستحسن ذلك منه في هذا الوقت.

ومنها: ينبغي أن يسوي الحاكم بين الخصمين في كل ما يتمكن، ولكن وقع عند زيد أن الخليفة ليس كغيره، فبيّن أن الإمام كغيره في حق التسوية.

ومنها: أن لا بأس للمرء أن يحلف إذا كان صادقًا بقوله: بل أحلف، وأن يحرر عنه فهو واسع له أيضًا؛ لما روي أن عثمان امتنع عن ذلك، وقال: أخشى أن يوافق قدر يميني فيقال: أصيب بذلك.

ومنها: أن اليمين حق المدعي يستوفي بطلبه، ويترك بتركه، ألا ترى أن أبيًّا ترك!

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (١٦/ ٧٣، ٧٤)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧/ ٢٥).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢/ ١٢٢٣ رقم ٣٧١٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/ ١٦٨ رقم ١٧١٣١) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(وَإِذَا حَكَّمَ رَجُلَانِ رَجُلًا، فَحَكَمَ بَيْنَهُمَا وَرَضِيَا بِحُكْمِهِ جَازَ) لِأَنَّ لَهُمَا وِلَايَةً عَلَى أَنْفُسِهِمَا فَصَحَّ تَحْكِيمُهُمَا وَيَنْفُذُ حُكْمُهُ عَلَيْهِمَا، وَهَذَا إِذَا كَانَ الْمُحَكَّمُ بِصِفَةِ الحَاكِمِ، لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ القَاضِي فِيمَا بَيْنَهُمَا فَيُشْتَرَطُ أَهْلِيَّةُ القَضَاءِ، وَلَا يَجُوزُ تَحْكِيمُ الكَافِرِ وَالعَبْدِ وَالذِّمِّيِّ وَالمَحْدُودِ فِي القَذْفِ وَالفَاسِقِ وَالصَّبِيِّ لِانْعِدَامِ أَهْلِيَّةِ القَضَاءِ

وتحاكم عثمان وطلحة إلى جبير بن مطعم. كذا في المبسوط[١] والذخيرة[٢] والمغني.

قوله: (وينفذ حكمه عليهما) ولا ينقد على غيرهما بمنزلة المصالح، حتى لو طعن المشتري بعيب، فحكم هو والبائع رجلًا، فرده على البائع بحكمه، فلم يكن للبائع أن يرده على بائعه[٣]، ولو اصطلح البائع الأول والثاني والمشتري جميعًا على حكمه يرده على البائع الأول استحسانًا.

والوكيل بالبيع إذا ظفر المشتري بعيب، فاصطلحا على حكم، فرده بعيب لا يحدث مثله ـ جاز على الآمر في رواية، وفي رواية: جاز عليه دون الآمر، وإن كان عيبًا يحدث مثله يلزم البائع، إلا اذا حكما برضا الآمر. كذا في المحيط[٤].

لنا: قوله: **(ويشترط أهلية القضاء)** أي: وقت التحكيم، حتى لو حكّما عبدًا ثم أعتق، أو صبيًّا ثم بلغ، أو ذميًّا فأسلم وحكم ـ لا ينفذ حكمه كما في المولى، وكذا لو كان مسلمًا وقت التحكيم ثم ارتد، وكذا على القلب في الكل لا ينفذ حكمه. كذا في المبسوط[٥] والذخيرة والمغني والمحيط[٦].

قوله: (ولا يجوز تحكيم العبد والكافر والذمي) هذا من قبيل إضافة المصدر إلى المفعول؛ لأنه لو جعل من قبيل إضافة المصدر إلى الفاعل ينقلب حكم المسألة، فإن ذلك جائز[٧].

وفي المغني: يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالحر، وتحكيم

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٦/ ٧٣، ٧٤).
(٢) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٨٥، ١١٧).
(٣) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧/ ٢٦)، رد المحتار على الدر المختار (٥/ ٤٢٩).
(٤) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ١١٧، ١١٨).
(٥) انظر: المبسوط للسرخسي (١٦/ ١١١).
(٦) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ١١٧، ١١٨، ١٢١).
(٧) انظر: المبسوط للسرخسي (١٦/ ١١١)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ١١٨، ١١٩).

اعْتِبَارًا بِأَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ، وَالفَاسِقُ إِذَا حَكَمَ يَجِبُ أَنْ يَجُوزَ عِنْدَنَا كَمَا مَرَّ فِي المُوَلَّى (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِن المُحَكِّمَيْنِ أَنْ يَرْجِعَ مَا لَمْ يَحْكُمْ عَلَيْهِمَا) لِأَنَّهُ مُقَلَّدٌ مِن جِهَتِهِمَا فَلَا يَحْكُمُ إِلَّا بِرِضَاهُمَا جَمِيعًا (وَإِذَا حَكَمَ لَزِمَهُمَا) لِصُدُورِ حُكْمِهِ عَنْ وِلَايَةٍ عَلَيْهِمَا

الذمي لا يجوز فيما بين المسلمين، أما لو كان الذمي حكمًا فيما بين الذميين يجوز؛ لأنه من أهل الشهادة بين أهل الذمة دون المسلمين.

قوله: (أن يرجع ما لم يحكم عليهما)، وبه قال الشافعي[(١)] في قول، ومالك[(٢)] في رواية، وأحمد[(٣)] في وجه، وفي قول: لا يجوز رجوعه بعد إقامة البيّنة، وبه قال مالك[(٤)] في رواية، وأحمد[(٥)] في وجه؛ لأنه لو جاز ذلك يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من الحكم ما لا يوافقه يرجع فيبطل المقصود من التحكيم.

وقلنا: إنه مقلد من جهتهما، فلا يحكم إلا برضاهما؛ لأنه مقلَّد، بفتح اللام، من جهتهما، فكان كالمقلّد من جهة السلطان، ولو عزل السلطان القاضي قبل الحكم، فكذا هنا. ذكره الصدر الشهيد[(٦)].

قوله: (وإذا حكم لزمهما) لأن الحكم تم بتراضيهما، ولا يكون دون صلح جرى بينهما بالتراضي، وبعدما تم الصلح [٢/ ١٩١/أ] ليس لواحد أن يرجع، فهذا مثله. كذا في المبسوط[(٧)].

وبه قال الشافعي[(٨)] في قول، ومالك[(٩)] وأحمد[(١٠)]، وقال الشافعي[(١١)] في

---

(١) انظر: أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٤/ ٢٨٨)، نهاية المحتاج في شرح المنهاج (٨/ ٢٤٣).
(٢) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣٧)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٤١).
(٣) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٢٤)، المغني (١٠/ ٩٥).
(٤) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣٧)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٤١).
(٥) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٢٤)، المغني (١٠/ ٩٥).
(٦) انظر: شرح أدب القاضي (٤/ ٥٩).
(٧) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١١١).
(٨) انظر: أسنى أسنى المطالب في شرح الطالب (٤/ ٢٨٨)، نهاية المحتاج في شرح المنهاج (٨/ ٢٤٣).
(٩) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣٧)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٤١).
(١٠) انظر: الشرح الكبير على متن المقنع (١١/ ٣٩٢)، كشاف القناع على متن الإقناع (٦/ ٣٠٩).
(١١) انظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٨/ ٢٤٣).

(وَإِذَا رَفَعَ حُكْمَهُ إِلَى القَاضِي، فَوَافَقَ مَذْهَبَهُ أَمْضَاهُ) لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي نَقْضِهِ ثُمَّ فِي إِبْرَامِهِ عَلَى ذَلِكَ الوَجْهِ (وَإِنْ خَالَفَهُ أَبْطَلَهُ) لِأَنَّ حُكْمَهُ لَا يَلْزَمُهُ لِعَدَمِ التَّحْكِيمِ مِنْهُ.

(وَلَا يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فِي الحُدُودِ وَالقِصَاصِ) لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُمَا عَلَى دَمِهِمَا،

قول: لا بد من تراضيهما بعد الحكم، وهو اختيار المزني؛ لأن ولايته بتراضيهما، وقلنا: إنه منافٍ للمقصود من التحكيم كما ذكرنا.

قوله: (رأيه) أي: رأي القاضي.

(أبطله) وقال مالك[١] وابن أبي ليلى: حكمه في المجتهدات نافذ كالمولى، فلا يبطله، إلا أن يكون جورًا بيّنًا لم يختلف فيه أهل العلم.

وقلنا: سبب هذا الحكم اتفاق الخصمين، فيكون بمنزلة اصطلاحهما على شيء، ولو اصطلحا في المجتهدات على شيء للقاضي رأي في تنفيذه وإبطاله، فهذا مثله، ولأن القاضي المولى ولاية على كافة المسلمين، ولهما ولاية على أنفسهما، وليس لهما ولاية على القاضي، فلا يبطل رأي القاضي بتراضيهما، ولأن الحكم كالحاكم في حقهما وفي حق غيرهما، كسائر الرعايا، فلا يجب تنفيذ حكمه على القاضي. كذا في المبسوط[٢].

قوله: **(ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص)**، وبه قال الشافعي[٣] ومالك[٤] وأحمد[٥]، وعن أحمد[٦] أنه يجوز في كل ما يتحاكم إلى المولى، وبه قال الشافعي[٧] في قول.

وفي الذخيرة[٨]: ويجوز التحكيم في القصاص، هكذا ذكر في صلح الأصل وفي كتاب الأقضية؛ لأن القصاص من حقوق العباد، فهما يملكان

---

(١) انظر: المدونة (٤/ ١٥)، الذخيرة (١٠/ ٣٦).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١١١).
(٣) انظر: أسنى المطالب في روض الطالب (٤/ ٢٨٨)، نهاية المحتاج في شرح المنهاج (٨/ ٢٤٢).
(٤) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣٥)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٦/ ٨٧).
(٥) انظر: الكافي في فقه اللإمام أحمد (٤/ ٢٢٤)، المغني (١٠/ ٩٥).
(٦) انظر: المغني (١٠/ ٩٥)، الشرح الكبير على متن المقنع (١١/ ٣٩٣).
(٧) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ٣٢٦)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٨/ ٢٤٣).
(٨) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ١٢٣).

وَلِهَذَا لَا يَمْلِكَانِ الإِبَاحَةَ، فَلَا يُسْتَبَاحُ بِرِضَاهُمَا، قَالُوا: وَتَخْصِيصُ الحُدُودِ وَالقِصَاصِ يَدُلُّ عَلَى جَوَازِ التَّحْكِيمِ فِي سَائِرِ المُجْتَهَدَاتِ كَالطَّلَاقِ وَالنِّكَاحِ

الاستيفاء بأنفسهما، فيملكان التفويض إلى غيرهما قياسًا على سائر حقوق العباد.

وعن أبي حنيفة[١]: لا يجوز، فوجهه ما ذكر في الكتاب، ولأن حُكمَ الحُكم بمنزلة الصلح، فما يجوز استحقاقًا بالصلح يجوز التحكيم فيه، وما لا فلا، ولا يجوز استيفاء الحد والقصاص بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما، وقال الشافعي[٢] في قول: لا يجوز في غير الأموال، ويجوز في الأموال وما في معناها، وبه قال مالك[٣]، حتى لا يجوز في حد ولا في لعان ولا في قصاص وقذف أو طلاق أو إعتاق أو نسب أو ولاء؛ لأنها مبنية على الاحتياط، فيعتبر القاضي المولى، كالحدود.

قوله: (في سائر المجتهدات) نحو الكنايات بأنها رواجع، والطلاق المضاف، وهو الظاهر عند أصحابنا، لكن مشايخنا امتنعوا عن هذه الفتوى، وقالوا: يحتاج إلى حكم المولى، كما في الحدود والقصاص؛ كيلا يتجاسر به العوام. كذا ذكره الصدر الشهيد في أدب القاضي[٤].

وفي الذخيرة[٥] وفتاوى العتابي: يجوز حُكْمَ الحُكم في اليمين المضافة؛ لكن لا يفتي كيلا يتجاسر الناس، وجوزوا ذلك بإطلاق القاضي الشافعي المذهب، والأحسن لهذا القاضي أن يقول: أبطلت هذه اليمين، ونقضت هذا الطلاق عملًا بقوله ﷺ: «**لَا طَلَاقَ قَبْلَ النِّكَاحِ**»[٦] وأخذًا بقول من يقول من الصحابة به.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٦/ ١١١)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ١٢٣).
(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ٣٢٥)، روض الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ١٢١).
(٣) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣٤)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٣٦).
(٤) انظر: شرح أدب القاضي (٤/ ٦٣، ٦٤).
(٥) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/ ١٨٣، ١٨٤).
(٦) أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٦٠ رقم ٢٠٤٨) من حديث المسور بن مخرمة رضي الله عنه.
قال ابن حجر: رواه ابن ماجه بإسناد حسن. التلخيص الحبير (٣/ ٤٥٥)، وقال البوصيري: هذا إسناد حسن. مصباح الزجاجة (٧٢٩).

وَغَيْرِهِمَا، وَهُوَ صَحِيحٌ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُفْتَى بِهِ، وَيُقَالُ: يُحْتَاجُ إِلَى حُكْمِ المُوَلَّى دَفْعًا لِتَجَاسُرِ العَوَامّ، وَإِنْ حَكَّمَاهُ فِي دَمِ خَطَإٍ فَقَضَى بِالدِّيَةِ عَلَى العَاقِلَةِ لَمْ يَنْفُذْ حُكْمُهُ، لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِمْ، إِذْ لَا تَحْكِيمَ مِن جِهَتِهِمْ. وَلَوْ حَكَمَ عَلَى القَاتِلِ بِالدِّيَةِ فِي مَالِهِ رَدَّهُ القَاضِي وَيَقْضِي بِالدِّيَةِ عَلَى العَاقِلَةِ، لِأَنَّهُ مُخَالِفٌ لِرَأْيِهِ وَمُخَالِفٌ لِلنَّصِّ أَيْضًا، إِلَّا إِذَا ثَبَتَ القَتْلُ بِإِقْرَارِهِ، لِأَنَّ العَاقِلَةَ لَا تَعْقِلُهُ (وَيَجُوزُ أَنْ يَسْمَعَ البَيِّنَةَ

وكذا من تزوج امرأة بغير ولي فطلقها ثلاثًا، فبعث القاضي إلى شفعوي ليحكم بينهما ببطلان ذلك، وببطلان الثلاث يجوز، وكذا لو حكما بذلك حكمًا يجوز، ولا يفتي؛ لما مرَّ[١].

وكذا من غاب عن امرأته غيبة منقطعة، ولم يَخْلِفْهَا نفقة، فبعث إلى الشفعوي ليحكم بفسخ النكاح لعجز النفقة يجوز، ولو كان للغائب متاع وأملاك وعقار يتحقق العجز؛ لأنه لا يجوز بيع هذه الأشياء للنفقة على الغائب[٢].

قوله: (مخالف للنص)، وهو حديث حمل بن مالك **«قُومُوا فَدُوهُ»**، على ما يجيء في المعاقل **(إلا إذا ثبت القتل)** أي: قتل الخطأ **(بإقراره)** فحينئذ يجوز حكمه بالدية عليه؛ لأن ما يجب بالإقرار لا تتحمله العاقلة بالحديث كما يجيء، فكان حكمه موافقًا للشرع فينفذ[٣].

وفي الذخيرة[٤]: وأما أروش الجراحات؛ فإن كان بحيث لا تتحملها العاقلة، وتجب في مال الجاني بأن كانت دون أرش الموضحة، وهو خمسمائة درهم، وثبت ذلك بالإقرار أو النكول أو كان عمدًا، وقضى على الجاني - جاز؛ لأنه لا يخالف حكم الشرع.

ولو كانت بحيث تتحملها العاقلة لا يجوز قضاؤه بها أصلًا؛ لأنه إن قضى على الجاني يصير مخالفًا لحكم الشرع، وعلى العاقلة لا يجوز؛ لأنهم ما رضوا بحكمه.

---

(١) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/ ١٨٧)، فتح القدير (٧/ ٣١٩).
(٢) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/ ١٨٨)، فتح القدير (٧/ ٣١٩).
(٣) انظر: المبسوط للسرخسي (٢٧/ ١٣١)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٨/ ٤٥٧).
(٤) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ١٢٣).

وَيَقْضِيَ بِالنُّكُولِ وَكَذَا بِالإِقْرَارِ) لِأَنَّهُ حُكْمٌ مُوَافِقٌ لِلشَّرْعِ، وَلَوْ أَخْبَرَ بِإِقْرَارِ أَحَدِ الخَصْمَيْنِ أَوْ بِعَدَالَةِ الشُّهُودِ وَهُمَا عَلَى تَحْكِيمِهِمَا يُقْبَلُ قَوْلُه، لِأَنَّ الوِلَايَةَ قَائِمَةٌ، وَلَوْ أَخْبَرَ بِالحُكْمِ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ لِانْقِضَاءِ الوِلَايَةِ كَقَوْلِ المُوَلَّى بَعْدَ العَزْلِ.

(وَحُكْمُ الحَاكِمِ لِأَبَوَيْهِ وَزَوْجَتِهِ وَوَلَدِهِ بَاطِلٌ، وَالمُوَلَّى وَالمُحَكَّمُ فِيهِ سَوَاءٌ) وَهَذَا: لِأَنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِهَؤُلَاءِ لِمَكَانِ التُّهْمَةِ، فَكَذَلِكَ لَا يَصِحُّ القَضَاءُ لَهُمْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَكَمَ عَلَيْهِمْ، لِأَنَّهُ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَيْهِمْ لِانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ فَكَذَا القَضَاءُ، وَلَوْ حَكَّمَا رَجُلَيْنِ لَا بُدَّ مِن اجْتِمَاعِهِمَا، لِأَنَّهُ أَمْرٌ يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الرَّأْيِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قوله: (ولو أخبر) أي: المحكم يعني لو قال المُحكّم لأحدهما: قد أقررت عندي أو قامت عندي بينة عليك لهذا، فعدلوا عندي، وقال: ألزمتك ذلك، وحكمت لهذا عليك، فأنكر المقضي عليه بشيء من ذلك لم يلتفت إلى قوله، ومضى القضاء عليه؛ لأن المحكم ما دام على تحكيمها كالقاضي المولى، ولو قال المولى ذلك لا يلتفت إلى إنكاره المقضي عليه، فكذا هنا إلا أن يخرجه عن الحكم أو يعزله قبل أن يقول قد حكمت [٢/ ١٩١/ب] عليك، ثم قال المحكم: ذلك لا يصدق[١] كذا في أدب القاضي للصدر الشهيد[٢].

قوله: (يحتاج فيه إلى الرأي) وأنهما رضيا برأيهما، ورأي الواحد لا يكون كرأي المثنى، كما في البيع ونحوه، ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكومة حتى يشهدا على ذلك غيرهما؛ لأنهما بعد القيام عن مجلس الحكومة كسائر الرعايا، فلا تقبل شهادتهما على فعل باشراه. كذا في المبسوط[٣].

وفي المحيط[٤]: ولو حَكّما حرًّا وعبدًا محكمًا لم يجز، ولو حَكّم مسلم ومرتد رجلًا فحكم بينهما، ثم قتل المرتد أو لحق بدار الحرب لم يجز حكمه عليهما، ولو أمر الإمام رجلًا أن يحكم بين الناس وهو ممن تجوز شهادته جاز،

---

(١) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ١٢٢).
(٢) انظر: شرح أدب القاضي (٤/ ٦٢).
(٣) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١١١).
(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ١٢٣- ١٢٥).

مَسَائِلُ شَتَّى مِن كِتَابِ القَضَاءِ

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ عُلْوٌ لِرَجُلٍ وَسُفْلٌ لِآخَرَ، فَلَيْسَ لِصَاحِبِ السُّفْلِ أَنْ يَتِدَ فِيهِ وَتَدًا، وَلَا يَنْقُبَ فِيهِ كُوَّةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) مَعْنَاهُ: بِغَيْرِ رِضَا صَاحِبِ العُلْوِ (وَقَالَا: يَصْنَعُ مَا لَا يَضُرُّ بِالعُلْوِ) وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ: إِذَا أَرَادَ صَاحِبُ العُلْوِ أَنْ يَبْنِيَ عَلَى عُلْوِهِ. قِيلَ: مَا حُكِيَ عَنْهُمَا تَفْسِيرٌ لِقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فَلَا خِلَافَ. وَقِيلَ: الأَصْلُ عِنْدَهُمَا الإِبَاحَةُ، ....

ويصير كالقاضي، ولو أمر القاضي رجلًا لم يجز إلا بإذن الإمام، إلا أن يجيزه القاضي بعد الحكم، أو يتراضى به الرجلان بعد الحكم، ولو حكما رجلًا فأخرجه القاضي من الحكومة فَحَكَم بعده فأجاز جاز، وليس للحكم أن يفوّض التحكيم إلى غيره، ولو فوّض وحكم الثاني بغير رضاهما فأجاز الأول ـ لم يجز، إلا أن يجيزا بعد الحكم.

وقيل: ينبغي أن يجوز كالوكيل الأول إذا أجاز بيع الوكيل الثاني، ولو حكَّمَا واحدًا فحكم لأحدهما، ثم حكَّمَا آخر ينفذ حكم الأول إن كان جائزًا عنده، وإن كان جورًا أبطله، وكتاب الحكم إلى القاضي لا يجوز، كما لا يجوز كتاب القاضي إليه، ولا يحكم الحكم كتاب قاضٍ إلا إذا رَضيَ الخصمان.

مَسَائِلُ شَتَّى مِنْ كِتَابِ الْقَضَاءِ

دأب المصنفين تأخير مسائل متفرقة تتعلق بما قبله من الكتاب.

قوله: (**ولا ينقب كوة**) وكذا لا يفتح بابًا، ولا يدخل جذعًا فيه، ولا يهدم سفله، وكذا لم يكن لصاحب العلو أن يحدث على بنائه، ولا أن يضع عليه جذعًا، ولا كنيفًا لم يكن[1].

قوله: (**فلا خلاف**) لأنه إنما يُمنع؛ لما فيه من ضرر ظاهر لا ما لا ضرر فيه، فيكون متفقًا عليه.

وقيل: لا، بل بينهما خلاف، وثمرته تظهر في وقوع الشك في الضرر، وهذا لأن (**الأصل عندهما الإباحة**) أي: إباحة التصرف؛ لأنه

---

(١) انظر: الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/ ١٠٩)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧/ ٢٩).

لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ وَالمِلْكُ يَقْتَضِي الإِطْلَاقَ، وَالحُرْمَةُ بِعَارِضِ الضَّرَرِ فَإِذَا أُشْكِلَ لَمْ يَجُزْ المَنْعُ وَالأَصْلُ عِنْدَهُ: الحَظْرُ، لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مَحَلٍّ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ مُحْتَرَمٌ لِلْغَيْرِ، كَحَقِّ المُرْتَهِنِ وَالمُسْتَأْجِرِ، وَالإِطْلَاقُ بِعَارِضٍ، فَإِذَا أُشْكِلَ لَا يَزُولُ المَنْعُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَعْرَى عَنْ نَوْعِ ضَرَرٍ بِالعُلْوِ مِن تَوْهِينِ بِنَاءٍ أَوْ نَقْضِهِ فَيُمْنَعُ عَنْهُ.

يلاقي ملكه؛ إذ حائط السفل ملك صاحب السفل **(والحرمة بعارض الضرر)**.

(فإذا أشكل) أي: الضرر **(لم يجز المنع)** إذ اليقين لا يزول بالشك، وهذا كما لو باع نصيبه من العبد المشترك يجوز، ولو كان نصيبه منه كان لشريكه حق الفسخ.

(والأصل عنده) أي: عند أبي حنيفة **(الحظر)** لتعلق حق صاحب العلو به، ولهذا يمنع من الهدم بالاتفاق، وتعلق حق الغير بملكه يمنع تصرفه فيه، كما في المرهون والمستأجر.

وقال قاضي خان[1]: لو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بأن حفر بئرًا أو ما أشبهه، ويتضرر به صاحب العلو ـ له ذلك عند أبي حنيفة[2]، وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر، وبه قال الشافعي[3] ومالك[4] وأحمد[5]، الأصل فيه قوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الإِسْلَامِ»[6].

وفي الأقضية: لو انهدم السفل لا يجبر صاحب السفل على البناء، وبه قال الشافعي[7] في الجديد، ومالك في رواية، وأحمد في رواية، وقالوا في رواية أخرى: يجبر؛ لأن صاحب العلو في القرار، وقد فات من غير تعدٍّ من صاحب السفل، فلا تجب عليه الإعادة، ولكن يجبر صاحب العلو فإن شاء بنى السفل

---

(١) انظر: فتاوى قاضي خان (٢/ ٣٧٤).
(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (١٥/١٦)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٦/ ٢٦٤).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (٦/٤٠٧)، نهاية المحتاج شرح المنهاج (٥/ ٣٣٦).
(٤) انظر: المدونة (٤/ ٣١٤)، الذخيرة (٦/ ١٦٧، ١٧٧).
(٥) انظر: المغني (٤/ ٣٨٨)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١٢٣).
(٦) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٨٤ رقم ٢٣٤١)، وأحمد (١/ ٣١٣ رقم ٢٨٦٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
قال البوصيري: هذا إسناد فيه جابر وقد اتهم. . .، وله شاهد من حديث أبي صرمة. مصباح الزجاجة (٨٢٨).
(٧) انظر: الأم (٣/ ٢٣١)، الحاوي الكبير (٦/ ٤٠١).

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ زَائِغَةٌ مُسْتَطِيلَةٌ تَنْشَعِبُ مِنهَا زَائِغَةٌ مُسْتَطِيلَةٌ وَهِيَ غَيْرُ نَافِذَةٍ فَلَيْسَ لِأَهْلِ الزَّائِغَةِ الأُولَى أَنْ يَفْتَحُوا بَابًا فِي الزَّائِغَةِ القُصْوَى) لِأَنَّ فَتْحَهُ لِلْمُرُورِ

إلى موضع علوه، ثم يبني علوه، ويمنع صاحب السفل عن السكنى فيه حتى يؤدي قيمة السفل.

والصحيح أنه يعتبر قيمته وقت البناء لا وقت الرجوع، بخلاف ما لو انهدم دار مشتركة، فبنى أحدهما بغير إذن صاحبه ـ لا يرجع على صاحبه بشيء، وبه قال الشافعي في الأصح؛ لأن هنا غير مضطر في البناء في نصيب شريكه؛ لأنه يمكنه أن تقاسم الساحة، ولهذا لا يجبر الشريك على بناء الجدار أو المشترك بعد انهدامه عندنا[(١)]، وبه قال الشافعي[(٢)] في قول، وأحمد[(٣)] ومالك[(٤)] في رواية، أما هنا بخلافه، حتى لو كان بيتًا صغيرًا فانهدم، ولا يمكن قسمة الساحة فلا يكون متبرعًا في البناء، وهكذا نقول في الطاحون والحمام، حتى لو انهدم بعضه يرجع بحصة صاحبه عليه، ولو انهدم كله؛ فلو أمكن البناء بعد القسمة يكون في البناء متطوعًا، وإلا لا[(٥)]. كذا ذكره التمرتاشي.

قوله: (إذا كانت زائغة) أي: سكة **(مستطيلة)** أي: طويلة، من زاغت الشمس: مالت، وسمى المحلة والسكة زائغة؛ [٢/ ١٩٢/أ] لميلها من طرف إلى طرف، والمستطيلة من استطال، بمعنى طال.

(وهي) أي: الزائغة المتسعة **(غير نافذة)**، وكذا الزائغة الأولى أيضًا غير نافذة، هكذا ذكر التمرتاشي والفقيه أبو الليث حيث قالا: سكة طويلة غير نافذة، وسكة أخرى عن يمينها أو شمالها غير نافذة، ولكن في أكثر الكتب لم يقيد الأولى بكونها غير نافذة، وتعليل الكتاب يقتضي ذلك[(٦)].

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء (٣/ ١٩١)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (٦/ ٢٦٤).
(٢) انظر: الحاوي الكبير (٦/ ٤٠١)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٢/ ٢٢٤).
(٣) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١٢٢)، المغني (٤/ ٣٨٣).
(٤) انظر: الذخيرة (٦/ ١٨٠)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٥/ ١٥٠).
(٥) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٦٦)، فتح القدير (٧/ ٣٢٢، ٣٢٣).
(٦) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٦٦، ٦٧)، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٥/ ٤٥٥).

وَلَا حَقَّ لَهُمْ فِي المُرُورِ، إِذْ هُوَ لِأَهْلِهَا خُصُوصًا حَتَّى لَا يَكُونَ لِأَهْلِ الأُولَى فِيمَا بِيعَ فِيهَا حَقُّ الشُّفْعَةِ، بِخِلَافِ النَّافِذَةِ، لِأَنَّ المُرُورَ فِيهَا حَقُّ العَامَّةِ. قِيلَ: المَنْعُ مِن المُرُورِ لَا مِن فَتْحِ البَابِ لِأَنَّهُ رَفَعَ بَعْضَ جِدَارِهِ.

وَالأَصَحُّ: أَنَّ المَنْعَ مِن الفَتْحِ: لِأَنَّ بَعْدَ الفَتْحِ لَا يُمْكِنُهُ المَنْعُ مِن المُرُورِ فِي كُلِّ سَاعَةٍ، وَلِأَنَّهُ عَسَاهُ يَدَّعِي الحَقَّ فِي القُصْوَى بِتَرْكِيبِ البَابِ (وَإِنْ كَانَتْ مُسْتَدِيرَةً قَدْ لَزِقَ طَرَفَاهَا فَلَهُمْ أَنْ يَفْتَحُوا بَابًا)، لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمْ حَقَّ المُرُورِ فِي كُلِّهَا، إِذْ هِيَ سَاحَةٌ مُشْتَرَكَةٌ، وَلِهَذَا يَشْتَرِكُونَ فِي الشُّفْعَةِ إِذَا بِيعَتْ دَارٌ مِنهَا.

قوله: (لا من فتح الباب لأنه رفع بعض جداره)، وله أن يرفع جميع جداره بالهدم، فأولى أن ينقض بعضه.

قوله: (والأصح)، قال شمس الأئمة[١]: الأظهر المنع من تركيب الباب، وبه قالت الأئمة الثلاثة[٢]؛ لأنه إذا فعل وتقادم العهد، ربما يدّعي شركة في الطريق في تلك الزائغة، ويستدل على ذلك بتركيب الباب، ويكون القول له إذا لم يُعرف كيف كان الحال؟ فهو بتركيب الباب يثبت لنفسه حقًّا فيها، فيمتنع منه، ولو فتح الباب للاستضاءة أو للريح لا يمنع؛ لأنه لا يستدل بها على حق المرور، ولا يتضرر به أحد، ولا خلاف فيه.

قوله: (وإن كانت مستديرة) أي: وإن كانت الزائغة الغير النافذة مستديرة بهذه الصورة، أما لو كانت المستديرة نافذة كانت لجماعة المسلمين، فلا يمنع بلا خلاف فيها[٣].

قوله: (فلهم أن يفتحوا) أي: فلكل واحد أن يفتح بابه في أي موضع شاء؛ لأنها سكة واحدة من أولها إلى آخرها، وهي بينهم على الشركة.

وفي الحيطان أراد أن يبني في داره تنورًا للخبز الدائم، كما يكون في الدكاكين، أو رَحَى للطحن، أو مدقّات القصار ـ لم يجز، ويمنع من ذلك؛ لأن

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٧/ ٩٣).

(٢) انظر: الذخيرة (٦/ ١٧٨)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٥/ ١٧١)، الحاوي الكبير (٦/ ٣٩٤)، نهاية المطلب في دراية المذهب (٦/ ٤٦٩)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١٢١)، كشاف القناع على متن الإقناع (٣/ ٤٠٨).

(٣) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧/ ٣٢).

....

ذلك يضر بجيرانه ضررًا فاحشًا لا يمكن التحرز عنه(١)، وبه قال أحمد(٢) في رواية، وقال الشافعي(٣) وأحمد(٤) في رواية: لا يُمنع؛ لأنه تصرف في ملكه المختص به، ولم يتعلق به حق غيره، وأجمعوا أنه يمنع من الدق الذي يهدم الحيطان ويثيرها، ولنا قوله ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الإِسْلَامِ**»(٥)، وهذا إضرار بجيرانه، فمنع منه، كالدق الذي يهز الحيطان.

وله أن يتخذ في بيته حمامًا؛ لأن ذلك لا يضر إلا بالنداوة، والتحرز عنها ممكن بأن يبني بين نفسه وبين جاره حائطًا بنورة.

قال الصدر الشهيد: الجملة في هذا أن في القياس له ذلك كله؛ لأنه تصرّف في ملكه، ولكن ترك القياس وأخذ بالاستحسان لأجل المصلحة، قال: وكان والدي يفتي: إذا كان ضررًا بَيِّنًا يُمنع، وبه يُفتى.

وعن أبي يوسف: اتخذ داره حمامًا، وتأذي الجيران من دخانها ـ فلهم منعه، إلا أن يكون دخان الحمام مثل دخانهم(٦)، ولو اتخذ داره حظيرة غنم، والجيران يتأذون من نتن السرقين ليس لهم في الحُكْمِ منعه، وبه قال الشافعي(٧) وأحمد، ولو حفر في داره بئرًا، فنزَّ منها حائط جاره لم يكن له منعه بلا خلاف.

وقيل: إذا كان يعلم ذلك لا محالة فله منعه وهو خلاف قول أصحابنا(٨)، ولو سقط حائط بين دارين، ولأحدهما عورات، فطلب من جاره أن يساعده في

---

(١) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧/ ٣٢، ٣٣)، الدر المختار وحاشية بن عابدين (٥/ ٤٤٨).
(٢) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١٢٣)، كشاف القناع على متن الإقناع (٣/ ٤٠٨).
(٣) انظر: أسنى المطالب في روض الطالب (٢/ ٤٤٦)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٥/ ٣٣٧).
(٤) انظر: الشرح الكبير على متن المقنع (٥/ ٥١)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٥/ ٢٦٠))
(٥) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٨٤ رقم ٢٣٤١)، وأحمد (١/ ٣١٣ رقم ٢٨٦٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
قال البوصيري: هذا إسناد فيه جابر وقد اتهم. . . ، وله شاهد من حديث أبي صرمة. مصباح الزجاجة (٨٢٨).
(٦) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧/ ٣٣).
(٧) انظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين (٥/ ٢٨٥)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٢/ ٤٤٦).
(٨) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٢٧).

قَالَ: (وَمَنْ ادَّعَى فِي دَارٍ دَعْوَى ....

البناء، قال أصحابنا: لا يجبر، وبه قالت الأئمة الثلاثة[١]، وقال الفقيه أبو الليث: في زماننا يجبر.

وقيل: إن كان بصره يقع في الصعود في دار جاره فله منعه عن الصعود حتى يتخذ سترة، وإن كان يقع في سطحه فلا. ذكره التمرتاشي.

قوله: (ومن ادعى في دار دعوى) إلى آخره، قيل: أراد به: إذا كان المدعى به مقدارًا معلوما كالثلث ونحوه حتى تكون الدعوى صحيحة؛ لأن الصلح عن الدعوى إنما يصح إذا كانت الدعوى صحيحة، أما إذا كانت فاسدة فلا يصلح؛ لأن الصلح إنما يصح لافتداء اليمين، والافتداء إنما يكون إذا توجهت اليمين، واليمين لا تتوجه إلا بصحة الدعوى، أو بحمله إذا ادعى إقرار صاحب الدار بحق فيها حتى تصح الدعوى، فإنه لو ادّعى أنه أقر له بشيء - يصح.

وفي الفوائد الظهيرية: كان والدي يقول: الصلح عن الإنكار [٢/ ١٩٢/ ب] لافتداء اليمين، واليمين يتوجه بالدعوى الصحيحة، فإذا كانت الدعوى غير صحيحة لا يتوجه اليمين، فلا يكون افتداء لليمين.

ولكن هذا على أصل أبي حنيفة مشكل بأن الرجل إذا ادعى امرأة نكاحًا، وأنكرت، ثم صالحته على مال بذلته صح الصلح، وهاهنا لا يكون افتداء لليمين؛ لأنها لا تستحلف على قوله؛ بل يجب أن يقال: الصلح إنما يصح لدفع الشغب وقطع الخصام، وفي هذا المعنى لا يتفاوت بين الدعوى الصحيحة والفاسدة، فالمدعي يمكنه إزالة الفساد بإعلام المدعي، فيتحقق معنى الشغب والخصام، وهذا يندفع بالصلح، وبقيت المسألة الصلح على الإنكار، فإنه جائز عندنا[٢]

---

(١) انظر: الذخيرة (٦/ ١٨٠)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٥/ ١٥٠)، الحاوي الكبير (٦/ ٣٩٢)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٢/ ٢٢٤)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ١٢٢)، المغني ٤/ ٣٨٥.

(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٦٨)، فتح القدير (٧/ ٣٢٧).

وَأَنْكَرَهَا الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ ثُمَّ صَالَحَهُ مِنهَا، فَهُوَ جَائِزٌ، وَهِيَ مَسْأَلَةُ الصُّلْحِ عَلَى الإِنْكَارِ) وَسَنَذْكُرُهَا فِي الصُّلْحِ إنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَالمُدَّعِي وَإِنْ كَانَ مَجْهُولًا فَالصُّلْحُ عَلَى مَعْلُومٍ عَنْ مَجْهُولٍ جَائِزٌ عِنْدَنَا، لِأَنَّهُ جَهَالَةٌ فِي السَّاقِطِ فَلَا تُفْضِي إِلَى المُنَازَعَةِ عَلَى مَا عُرِف.

قَالَ: (وَمَنْ ادَّعَى دَارًا فِي يَدِ رَجُلٍ أَنَّهُ وَهَبَهَا لَهُ فِي وَقْتِ كَذَا، فَسُئِلَ البَيِّنَةَ فَقَالَ: جَحَدَنِي الهِبَةَ فَاشْتَرَيْتهَا مِنهُ، وَأَقَامَ المُدَّعِي البَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ قَبْلَ الوَقْتِ الَّذِي يَدَّعِي فِيهِ الهِبَةَ: لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ) لِظُهُورِ التَّنَاقُضِ، إذْ هُوَ يَدَّعِي الشِّرَاءَ بَعْدَ الهِبَةِ وَهُمْ يَشْهَدُونَ بِهِ قَبْلَهَا، وَلَوْ شَهِدُوا بِهِ بَعْدَهَا تُقْبَلُ لِوُضُوحِ التَّوْفِيقِ، وَلَوْ كَانَ ادَّعَى

ومالك[1] وأحمد[2] خلافًا للشافعي[3].

وقوله: (والصلح على معلوم عن مجهول) إلى آخره: يدل على أن صحة الدعوى ليس بشرط لصحة الصلح، وقال الشافعي[4]: لا يصح الصلح عن دعوى شيء مجهول على معلوم فشرط صحة الدعوى.

قوله: (وهبها له في وقت) أي: وهبها صاحب اليد هذا إليَّ منذ شهر، وسلمها إليَّ، وقبضتها لنفسي، وهذه الدار التي في يده ملكي بهذه الطريقة، فطلب القاضي البيّنة على دعواه هذه، فقال المدعي: لم يكن لي بينة في حق الهبة، ولكن لي بيّنة على الشراء منه؛ لأني طلبتها وقلت: إنها ملكي بطريق الهبة والتسليم، فجحد المدعى عليه هذا دعوى الهبة، فاضطررت إلى شرائها منه؛ لإنكاره الهبة، فاشتريتها منه ولي شهود على الشراء، فشهدوا عليه قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة ـ لا يقبل لظهور التناقض، والتناقض يمنع صحة الدعوى.

(يشهدون به) أي: الشراء **(قبلها)** أي: قبل عقد الهبة، وهذا التناقض قد يكون من المخالفة بين الدعوى والشهادة، وقد يكون من المناقضة في دعواه

---

(١) انظر: المدونة (٣/ ٣٧٨، ٣٧٩)، الذخيرة (٥/ ٣٥١، ٣٥٢).
(٢) انظر: المغني (٤/ ٣٥٧، ٣٥٨)، الشرح الكبير على متن المقنع (٥/ ٩، ١٠).
(٣) انظر: الأم (٧/ ١١٨، ١١٩)، نهاية المحتاج شرح المنهاج (٤/ ٣٨٧).
(٤) انظر: الأم (٣/ ٢٢٦)، الحاوي الكبير (٦/ ٣٦٩).

الهِبَةَ ثُمَّ أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ قَبْلَهَا وَلَمْ يَقُلْ: جَحَدَنِي الهِبَةَ، فَاشْتَرَيْتها، لَمْ تُقْبَلْ أَيْضًا، ذَكَرَهُ فِي بَعْضِ النُّسَخِ، لِأَنَّ دَعْوَى الهِبَةِ إِقْرَارٌ مِنهُ بِالمِلْكِ لِلْوَاهِبِ عِنْدَهَا، وَدَعْوَى الشِّرَاءِ رُجُوعٌ عَنْهُ فَعُدَّ مُنَاقِضًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى الشِّرَاءَ بَعْدَ الهِبَةِ، لِأَنَّهُ تَقَرَّرَ مِلْكُهُ عِنْدَهَا.

نفسها؛ لأنه حينئذ يكون قائلًا: وهب هذا الشيء، وكان لي ملكًا بالشراء قبل، فلا يثبت الملك بالهبة بعد الشراء، وكان مناقضًا.

أما لو لم يذكر للشراء تاريخًا تُقبل البيّنة، كما لو ذكر تاريخًا بعد الهبة؛ لإمكان الحمل على ما تبقى به التناقض؛ لما أن الشراء حادث، فيحال بحدوثه على أقرب الأوقات، وهو ما بعد تاريخ الهبة، وبهذا يتبين أن التناقض إنما يمنع صحة الدعوى إذا لم يمكن التوفيق، أما إذا أمكن لا يمنع كذا في الجامع والفوائد الظهيرية.

قال شيخ الإسلام: إذا أمكن التوفيق تصح الدعوى ولا يرد، وإن لم يدَّعِ المدعي التوفيق.

وفي المحيط[1]: قيل: ما قالوا يوفق بغير دعوى المدعي، وما قالوا لا يوافق بدون دعواه التوفيق ـ استحسان، وفي دعوى المبسوط إشارة إلى أنه لم يقبل بينة إلا أن يوفق المدعي، وكان التوفيق من المدعي شرطًا في رواية، وغير شرط في رواية.

قوله: **(لأنه)** أي: المدعي[2] **(تقرر ملكه عندها)** أي: عند الهبة.

فإن قيل: ينبغي ألا تقبل بينة؛ لأنه ادعى شراء باطلًا؛ لأنه ادعى ما يملكه بالهبة.

قلنا: لما جحد الهبة فقد فسخها؛ إذ جحود ما عدا النكاح من العقود فسخ له؛ لأنه إنكار للعقد من الأصل، بخلاف النكاح؛ لأنه لا يحتمل الفسخ، فانفسخت الهبة في حق المدعى عليه، وتوقف الفسخ في حق المدعي على

---

(١) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٤٩٤).
(٢) كذا في الأصول الخطية، وتقدم في المتن: (لأنه).

(وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: اشتريتَ مِنِّي هَذِهِ الجَارِيَةَ، فَأَنْكَرَ الآخَرُ إِنْ أَجْمَعَ البَائِعُ عَلَى تَرْكِ الخُصُومَةِ وَسِعَهُ أَنْ يَطَأَهَا) لِأَنَّ المُشْتَرِيَ لَمَّا جَحَدَهُ كَانَ فَسْخًا مِن جِهَتِهِ، إِذْ الفَسْخُ يَثْبُتُ بِهِ كَمَا إِذَا تَجَاحَدَا، فَإِذَا عَزَمَ البَائِعُ عَلَى تَرْكِ الخُصُومَةِ ثُمَّ الفَسْخِ،

رضاه، فإذا أقدم على الشراء منه فقد رضي بذلك الفسخ فيما بينهما، فانفسخت الهبة بتراضيهما، فإذا اشترى منه بعد ذلك فقد اشترى ما لا يملكه، فصح[(١)]. إليه أشار في الفوائد الظهيرية.

قوله: (فأنكر) أي: الآخر المخاطب **(إن أجمع البائع)** أي: قصد **(وسعه)** أي: للبائع أي: حل **(وطؤها)** وبه قال الشافعي[(٢)] في وجه، وأحمد في رواية، وقال زفر: لا يَحِلّ، وبه قال الشافعي في وجه؛ لأن البائع متى باعها بقيت على ملك المشتري ما لم يبعها أو لم يتقايلا.

وقلنا: متى ترك الخصومة، وأكد ذلك بإمساكها ـ فقد وجد منه ما يدل على الفسخ؛ إذ لا يحل بدون الفسخ[(٣)].

قوله: (إذ الفسخ يثبت به) فصار كالجحود؛ لأن الفسخ رفع العقد من الأصل، والجحود إنكار من الأصل، فيجعل أحدهما مجازًا عن الآخر[(٤)]. كذا في الفوائد الظهيرية.

وفيه: ويبتنى عليه مسألة ذكرها في الجامع[(٥)]: اشترى عبدًا بألف ثم باعه من آخر، [٢/١٩٣/أ] فجحد المُشتري الثاني البيع، فخاصمه المشتري الأول إلى القاضي، ولم يكن له بينة، فعزم المشتري الأول على ترك الخصومة، ثم وَجَد عيبًا كان عند البائع الأول، وأراد الرد، فاحتجه البائع الأول ببيعه الثاني، فلو عزم المشتري على ترك الخصومة بعد تحليف الثاني يرده، وقبله لا يرده؛ لأنه غير مضطر في فسخ البيع الثاني، بخلاف ما لو جحد الزوج النكاح وحلف

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٦٩)، فتح القدير (٧/ ٣٢٩).
(٢) انظر: الأم (٧/ ٤٢)، الحاوي الكبير (١٧/ ١٥).
(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٦٩)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٦/ ١١٤).
(٤) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٢٩)، البناية شرح الهداية (٦/ ٧٠).
(٥) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير (٢/ ٨٩).

وَبِمُجَرَّدِ العَزْمِ، إِنْ كَانَ لَا يَثْبُتُ الفَسْخُ فَقَدْ اقْتَرَنَ بِالفِعْلِ وَهُوَ إِمْسَاكُ الجَارِيَةِ وَنَقْلُهَا وَمَا يُضَاهِيهِ، وَلِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الثَّمَنِ مِن المُشْتَرِي فَاتَ رِضَا البَائِعِ فَيَسْتَبِدُّ بِفَسْخِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ أَنَّهُ قَبَضَ مِن فُلَانٍ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ، ....

عندهما، وعزمت المرأة على ترك الخصومة ـ لم يكن لها أن تتزوج؛ لأن النكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الأسباب، فكذا هذا[١].

قوله: (وبمجرد العزم) إلى آخره: جواب شبهة ذكرها المحبوبي صريحًا، فقال: فإن قيل: الفسخ لا يثبت بمجرد العزم على الفسخ، ألا ترى أن من له خيار الشرط إذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا ينفسخ العقد بمجرد عزمه.

قلنا: نحن لا نثبته بمجرد العزم، بل بالعزم وبفعل اقترن به، وهو إمساك الأمَة ونقلها إلى بيته؛ إذ إمساكها لا يحل بدون الفسخ، فيتحقق الانفساخ لوجود الفسخ منهما دلالة، كمن قال لآخر: آجرتك هذه الدابة يومًا بكذا لتركبها إلى مكان كذا، فأخذ المشتري ليركبها كان ذلك قبولًا دلالة؛ لأن الأخذ والاستعمال لا يحل بدون القبول، كذا هذا[٢].

وفي المحيط[٣]: تفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم، وقبل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب، ولا يكتفى بمجرد النية.

قوله: (ونقلها) أي: نقل الجارية من موضع الخصومة إلى بيته **(وما يضاهيه)** أي: يشابهه من الأفعال، كالاستخدام[٤].

قوله: (من أقر أنه قَبَضَ) أي: قبض بسبب من الأسباب؛ من استقراض أو ثمن سلعة أو غصب أو وديعة.

وفي جامع العتابي: رجل له على آخر عشرة جياد، فقبض الدراهم، ثم قال: إنها زيوف.

---

(١) انظر: فتح القدير (٧/ ٣٣٠).
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٧٠)، فتح القدير (٧/ ٣٣٠).
(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٥٥).
(٤) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٢٩)، البناية شرح الهداية (٩/ ٧٠).

ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهَا زُيُوفٌ: صُدِّقَ) وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: اقْتَضَى، وَهُوَ عِبَارَةٌ عَنْ القَبْضِ أَيْضًا. وَوَجْهُهُ: أَنَّ الزُّيُوفَ مِن جِنْسِ الدَّرَاهِمِ، إِلَّا أَنَّهَا مَعِيبَةٌ، وَلِهَذَا: لَوْ تَجَوَّزَ بِها فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ جَازَ، وَالقَبْضُ لَا يَخْتَصُّ بِالجِيَادِ فَيُصَدَّقُ، لِأَنَّهُ أَنْكَرَ قَبْضَ حَقِّهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ أَنَّهُ قَبَضَ الجِيَادَ أَوْ حَقَّهُ أَوْ الثَّمَنَ أَوْ اسْتَوْفَى لِإِقْرَارِهِ بِقَبْضِ الجِيَادِ صَرِيحًا أَوْ دَلَالَةً ....

وفي المبسوط[١]: أقر الطالب أنه قبض مما له على فلان مائة، ثم قال: وجد زيوفًا، فالقول له، وصل أم فصل.

(قوله في الكتاب): **(ثم ادعى أنها زيوف صُدِّقَ)** محمول على هذا، أي: وصل أم فصل، وبه صرح المحبوبي في جامعه، فقال: ثم هو مصدّق في مسألة الكتاب، وصل أم فصل.

وفي المبسوط في باب الإقرار بالدين: لو قال: لفلان عليَّ ألف من ثمن بيع، إلا أنها زيوف أو نبهرجة لم يُصدق في دعوى الزيافة، وصل أم فصل، في قول أبي حنيفة، وعندهما يصدق إن وصل، ولا يصدق أن فصل، ولو أقر بالمال غصبًا ووديعة، وقال: هي نبهرجة أو زيوف صدق، وصل أم فصل.

فلو قال: عليّ ألف، من غير ذكر التجارة والغصب، فقال بعض [مشايخنا][٢]: فهو على الخلاف أيضًا؛ لأن مطلق الإقرار بالدين ينصرف إلى الالتزام بالتجارة؛ إذ هو اللائق بحال المسلم.

وقيل: يصدق هاهنا إذا وصل بالاتفاق؛ لأن صفة الجودة تصير مستحقة بعقد التجارة، فإذا لم يُصرِّح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة، وهذا والحجج من الجانبين تجيء في باب الإقرار إن شاء الله تعالى.

وقال الشافعي[٣] وأحمد[٤]: إذا فصل لا يُقبل في جميع الصور؛ لأنه كما

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٨/ ١٢).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) انظر: الأم (٦/ ٢٣٩)، الحاوي الكبير (٧/ ٥٣، ٥٤).
(٤) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٣٠٦)، كشاف القناع على متن الإقناع (٦/ ٤٧٠، ٤٧١).

فَلَا يُصَدَّقُ، وَالنَّبَهْرَجَةُ كَالزُّيُوفِ، ....

أقر بعشرة وأطلق يفهم منه الجياد الكاملة، فلما سكت تلزمه الكاملة، وهي الجياد، ثم بقوله: هي زيوف أو نبهرجة يرجع عن بعض ما أقر به ويرفعه، فلم يقبل، كالاستثناء المنفصل.

وقلنا: إنه أقر بالقبض، وقَبْض الدراهم لا يختص بالجياد؛ لأن اسم الدراهم يقع على الزيوف والنبهرجة، ولا يتعين بالجياد لعدم العرف لها، فإذا قال: هي زيوف أو نبهرجة أنكر قبض حقه، فيصُدّق مع يمينه، بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياد.

إلى **قوله: (فلا يصدق)** أي: فيما إذا ادعى الزيافة بعد ذلك؛ لأنه مناقض، أما في الأول فظاهر، وكذا في غيره؛ لأن حقه في الجياد فكان الإقرار بقبض حقه مطلقًا إقرارًا بقبض الجياد، والاستيفاء عبارة عن القبض بوصف التمام، فكان عبارة عن قبض حقه أيضًا(١).

قال شيخي العلامة في النهاية: جمع المصنف بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق، وليس الحكم فيها على السواء، فإنه إذا أقر بقبض الجياد ثم ادعى أنها زيوف لا يصدق، لا مفصولًا ولا موصولًا، وفيما بقي يصدق موصولًا، ولا يصدق مفصولًا، والفرق [٢/ ١٩٣/ ب] أن في قوله: قبضت ما لي عليه، أو حقي عليه ـ جعل مقرًّا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد، فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة، فصح موصولًا، كما لو قال: عليّ ألف إلا مائة، أما لو قال: قبضت عشرة جيادًا، فقد أقر بالقدر بلفظ على حدة، وبالجودة بلفظ على حدة، فإذا قال: إلا أنها زُيوف، فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة، وذلك باطل، كما لو قال: عليّ مائة درهم ودينار إلا دينارًا ـ كان الاستثناء باطلًا، وإن ذكره موصولًا، كذا هنا(٢).

فإن قيل: ينبغي ألا يصح استثناء الجودة، وإن دخلت يجب الإقرار بلفظ واحد؛ لأن الجودة تبع وصفه للدراهم، واستثناء التبع موصولًا لا يصح، كاستثناء البناء من الدار موصولًا.

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٣٠، ٣٣١)، فتح القدير (٧/ ٣٣٢).
(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٣١)، فتح القدير (٧/ ٣٣٢).

وَفِي السَّتُّوقَةِ: لَا يُصَدَّقُ، لِأَنَّهُ، لَيسَ مِن جِنسِ الدَّرَاهِمِ، حَتَّى لَوْ تَجَوَّزَ بِهِ فِيمَا ذَكَرْنَا لَا يَجُوزُ.

وَالزَّيْفُ مَا زَيَّفَهُ بَيْتُ المَالِ، وَالنَّبَهْرَجَةُ مَا يَرُدُّهُ التُّجَّارُ، وَالسَّتُّوقَةُ مَا يَغْلِبُ عَلَيْهِ

قلنا: استثناء البناء من الدار إنما لا يصح؛ لأن البناء دخلت اسم الدار تبعًا، فلا يجوز إخراجه موصولًا، أما الجودة دخلت تحت اللفظ مقصودًا كالوزن؛ لأنه أقر بقبض ما عليه، وعليه تسليم الوزن والجودة، وكانت داخلًا مقصودًا لا تبعًا، فيجوز استثناؤه موصولًا، كذا قيل، وفيه نوع تأمل[١].

قوله: (وفي الستوقة لا يصدق[٢] لأنه ليس من جنس الدراهم)، ليس هذا الحكم على إطلاقه، فإنه ذكر في المبسوط[٣] في الإقرار: لو أقر أنه قبض خمسمائة مما له على المديون، ثم قال بعد ما سكت: هي رصاص ـ لم يصدق؛ لأن اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة، وإن قال: موصولًا فالقول قوله؛ لأن الرصاص من الدراهم صورة، وإن لم يكن من الدراهم معنى، وكان بيانًا مغيرًا لظاهر كلامه إلى ما هو محتمل، فيصح موصولًا، وكذلك في الستوقة؛ لأن الرصاص أبعد من الستوقة في اسم الدراهم، والحكم في الرصاص هكذا، فيجب أن يكون كذلك بالطريق الأولى، وذكر المحبوبي في جامعه مصرحًا، وقال شيخ الإسلام: ذكر محمد أنه يصح إن كان موصولًا.

قوله: (ما زَيَّفَه بيت المال) أي: رده.

وفي المغرب[٤] زافت عليه دراهمه، أي: صارت مردودة عليه؛ لغش فيها.

وقيل: هي دون النهبرجة في الرَّداءة؛ لأن الزيف ما يرده بيت المال، والنبهرجة ما رده التجار.

النبهرج: الدراهم الذي فضته دريئة، وقيل: الذي فيه الغَلَبة للفضة، وقد استعير لكل باطل، ومنه بهرج دمه: إذا بطل.

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٣١)، فتح القدير (٧/ ٣٣٢، ٣٣٣).
(٢) في الأصل: (لا يصح)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) المبسوط للسرخسي (١٨/ ١٩٠).
(٤) المغرب في ترتيب المعرب (١/ ٢١٥)، (١/ ٥٤).

الغِشُّ. قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: لَك عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَقَالَ: لَيْسَ لِي عَلَيْك شَيْءٌ، ثُمَّ قَالَ فِي مَكَانِهِ: بَلْ لِي عَلَيْك أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ) لِأَنَّ إقْرَارَهُ هُوَ الأَوَّلُ، وَقَدْ ارْتَدَّ بِرَدِّ المُقَرِّ لَهُ، وَالثَّانِي: دَعْوَى فَلَا بُدَّ مِن الحُجَّةِ أَوْ تَصْدِيقِ خَصْمِهِ، بِخِلَافِ مَا إذَا قَالَ لِغَيْرِهِ اشْتَرَيْت وَأَنْكَرَ الآخَرُ لَهُ أَنْ يُصَدِّقَهُ، لِأَنَّ أَحَدَ المُتَعَاقِدَيْنِ لَا يَتَفَرَّدُ بِالفَسْخِ كَمَا لَا يَتَفَرَّدُ بِالعَقْدِ، وَالمَعْنَى: أَنَّهُ حَقُّهُمَا فَبَقِيَ العَقْدُ فَعَمِلَ التَّصْدِيقُ، أَمَّا المُقَرُّ لَهُ: يَتَفَرَّدُ بِرَدِّ الإِقْرَارِ فَافْتَرَقَا.

الستوق، بالفتح: أردأ من النبهرجة، وعن الكرخي: الستوق عندهم ما كان فيه الصفر أو النحاس غالبًا، وقيل: هو تعريب (سه تو).

وفي المبسوط[(١)]: الستوقة كالفلوس، فإنه صفرٌ مموه من الجانبين، وقيل: معرب (سه طاقة) أي: الطاق الأعلى والأسفل فضة، والأوسط صفر.

قوله: **(فليس عليه)** أي: على المُقر **(شيء)** لأن المقر به يحتمل الإبطال بالرد إذا كان مالًا، ولا خلاف لأهل العلم، فارتد الإقرار بردّه، وفي رد المقر له المال لا يتفاوت بين أن يقول: ليس لي، أو قال: بل هو لك، أو قال لفلان؛ لأنه لما كذبه فقد بطل إقراره، أما لو صدقه ثم رد إقراره ـ لم يرتد[(٢)].

ولو أعاد المقر الإقرار بعد رد المقر له مرة، فقال: بل لك عليّ ألف، وقال المقر له: أجل هو لي عليك أخذتها؛ لأن الإقرار وإن بطل بالتكذيب بقي الإقرار الثاني، وقد اتصل التصديق به، فيؤاخذ به استحسانًا، والقياس ألا يلزمه بالإقرار الثاني شيء[(٣)].

ولو وهبت المرأة صَدَاقَها، فقبل الزوج ثم رده ـ كان رده باطلًا، وكذا لو قبل المديون البراءة ثم رده، وكذا قال لعبده: وهبت لك رقبتك فردَّ ـ لا يرتد بالرد، هذا كله في رد المقر له الإقرار[(٤)].

أما لو رد المقر إقرار نفسه، بأن أقر بقبض الثمن ثم ادعى أنه لم يقبض،

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٨/ ١٥).
(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٣٣)، فتح القدير (٧/ ٣٣٤).
(٣) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٧٣)، فتح القدير (٧/ ٣٣٣).
(٤) انظر: فتح القدير (٧/ ٣٣٤).

قَالَ: (وَمَنْ ادَّعَى عَلَى آخَرَ مَالًا فَقَالَ: مَا كَانَ لَك عَلَيَّ شَيْءٌ قَطُّ، فَأَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ عَلَى أَلْفٍ، وَأَقَامَ هُوَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْقَضَاءِ، قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ) وَكَذَلِكَ عَلَى الْإِبْرَاءِ. وَقَالَ زُفَرُ ﷺ: لَا تُقْبَلُ، لِأَنَّ الْقَضَاءَ يَتْلُو الْوُجُوبَ وَقَدْ أَنْكَرَهُ فَيَكُونُ مُنَاقِضًا.

وأراد تحليف المشتري ـ لا يحلف عند أبي حنيفة ومحمد، ويحلف عند أبي يوسف، وبه قال الشافعي[(١)] وأحمد[(٢)] في رواية.

وكذا لو أقر بالبيع ثم قال: كنت أقررت به لكن لم أقبض، أو أقر بدين ثم ادعى أنه أقر كاذبًا، فأراد تحليف المقر له ـ لم يحلف عندهما في المسائل كلها، وبه قال أحمد[(٣)] في رواية؛ لأن الدعوى فاسدة؛ للتناقض، كما لو قال: ليس لي على فلان شيء، ثم ادعى عليه مالًا وأراد تحليفه، أو قال: هذا الشيء لفلان، ثم قال: هو لي، وأراد تحليفه ـ ليس له ذلك، كذا هنا، وقال أبو يوسف: يحلف لجريان العادة بالإشهاد على هذه الأشياء [٢/ ١٩٤/أ] قبل تحققها احترازًا عن امتناع الآخر عن الإشهاد بعد التسليم والانتقاد، وهذا كما لو قال المقر بالبيع والتسليم: إني فعلت ذلك لكن البيع يلجئه، وطلب ثمن الآخر ـ حلف عليه، كذا هذا.

قال شيخ الإسلام: وكذا هذا الخلاف في كل من أقر ثم ادعى أنه أقر كاذبًا.

قال الصدر الشهيد[(٤)]: الرأي في التحليف للقاضي. كذا ذكره المرغيناني والتمرتاشي والمحبوبي.

قوله: (وأنكر) يعني أقر بالشراء منه، وأَنكر المُقر له، ثم عاد إلى تصديقه، فإنه يصحّ؛ لأن المقر له يستبد بإبطال المقر له (لأن أحد العاقدين لا ينفرد بفسخه) إلى آخره.

---

(١) انظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين (٤/ ٤٠١)، إعانة الطالبين على حل ألفاظ المعين (٣/ ٢٣١).
(٢) انظر: المغني (٥/ ١٥٧)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (١٢/ ١٩٥).
(٣) انظر: المغني (٥/ ١٥٦)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (١٢/ ١٩٥).
(٤) انظر: شرح أدب القاضي (٢/ ١٥١).

وَلَنَا: أَنَّ التَّوْفِيقَ مُمْكِنٌ لِأَنَّ غَيرَ الحَقِّ قَدْ يُقْضَى وَيَبْرَأُ مِنهُ دَفْعًا لِلْخُصُومَةِ وَالشَّغَبِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُقَالُ قَضَى بِبَاطِلٍ، وَقَدْ يُصَالَحُ عَلَى شَيْءٍ فَيَثْبُتُ ثُمَّ يُقْضَى، وَكَذَا إِذَا قَالَ: لَيْسَ لَك عَلَيَّ شَيْءٌ قَطُّ لِأَنَّ التَّوْفِيقَ أَظْهَرُ (وَلَوْ قَالَ: مَا كَانَ لَك عَلَيَّ شَيْءٌ قَطُّ وَلَا أَعْرِفُك، لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ عَلَى القَضَاءِ) وَكَذَا عَلَى الإِبْرَاءِ، لِتَعَذُّرِ

وفي الكافي: ذكر في الهداية[1] أن أحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ إلى آخره، وذكر قبله: (ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع، فيستبد بفسخه) والتوفيق بين كلامه صعب[2].

قوله: (ولنا أن التوفيق ممكن) إلى آخره، دلت المسألة على قبول البيّنة من غير دعوى التوفيق، وفي بعض المواضع شرط دعوى التوفيق كما بينا أن محمدًا ذكر دعوى التوفيق في بعض المواضع ولم يذكر في البعض، فقيل: يشترط دعوى التوفيق في الكل، ويحمل ما سكت على ما ذكر، حتى قال في الأقضية: لا ينبغي للقاضي أن يوفق؛ لأنه نُصِب لفصل الخصومات لا لإنشائها، ولأن القاضي لا يدري ما يوفقه المدعي.

وفي الفوائد الظهيرية: وكان والدي يفتي بأن التوفيق إذا كان ممكنًا يجب على الحاكم التوفيق؛ حتى لا تتعطل حجج الشرع[3].

قوله: (لأن التوفيق أظهر) لأنه يقول: ليس لك علي شيء في الحال؛ لأني قد قضيت حقك، أو لأنك أبرأتني، ألا ترى أنه لو صرح به يصح! وهذا لأن **(ليس)** لنفي الحال[4].

قوله: (ولا أعرفك) أو قال: ولا رأيتك، أو: ولا جرى بيني وبينك مخالطة ولا خلطة، ولا أخذ ولا إعطاء، أو: ولا اجتمعت أنا وأنت في موضع، وما أشبهه، ثم أقام بينة على القضاء أو الإبراء[5].

---

(١) الهداية في شرح بداية المبتدي (٣/ ١١٠).
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٧٣)، فتح القدير (٧/ ٣٣٤).
(٣) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٣٥)، فتح القدير (٧/ ٣٣٥).
(٤) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٧٤)، فتح القدير (٧/ ٣٣٥).
(٥) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٣٥)، البناية شرح الهداية (٩/ ٧٤).

التَّوْفِيقِ، لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ بَيْنَ اثْنَيْنِ أَخْذٌ وَإِعْطَاءٌ وَقَضَاءٌ وَاقْتِضَاءٌ وَمُعَامَلَةٌ بِدُونِ المَعْرِفَةِ. وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ تُقْبَلُ أَيْضًا، لِأَنَّ الْمُحْتَجِبَ أَوْ الْمُخَدَّرَةَ قَدْ يُؤْذَى بِالشَّغَبِ عَلَى بَابِهِ فَيَأْمُرُ بَعْضَ وُكَلَائِهِ بِإِرْضَائِهِ وَلَا يَعْرِفُهُ ثُمَّ يَعْرِفُهُ بَعْدَ ذَلِكَ فَأَمْكَنَ التَّوْفِيقُ.

قَالَ: (وَمَنْ ادَّعَى عَلَى آخَرَ أَنَّهُ بَاعَهُ جَارِيَتَهُ فَقَالَ: لَمْ أَبِعْهَا مِنك قَطُّ، فَأَقَامَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ فَوَجَدَ بِهَا أُصْبُعًا زَائِدَةً، فَأَقَامَ الْبَائِعُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ بَرِئَ إِلَيْهِ مِن كُلِّ عَيْبٍ، لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَةُ الْبَائِعِ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهَا تُقْبَلُ اعْتِبَارًا بِمَا ذَكَرْنَا.

قوله: (وذكر القدوري) أي: عن أصحابنا **(أن بينة القضاء تقبل أيضًا)** إلى آخره.

وفي جامع قاضي خان[1]: فعلى هذا قالوا: لو كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تُقبل بيّنته.

وفي الشافي قال: لم أدفع إليه شيئًا، ثم ادعى الدفع ـ لم يسمع؛ لأنه يستحيل أن يقول: لم أدفع إليه شيئًا وقد دفعته، أما لو ادعى إقراره بالدفع إليه أو القضاء ينبغي ألا يسمع؛ لأن المناقض هو الذي يجمع بين كلامين، وهنا لم يجمع، ولهذا لو صدقه المدعي عيانًا لا يكون مناقضًا. كذا ذكره التمرتاشي.

وقيل: تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات؛ لأن الإبراء يتحقق بلا معرفة.

قوله: (فأقام البينة على الشراء) أي: أقام من ادعى المبيع، وهو المشتري، على الشراء منه **(فوجد)** أي: المشتري **(بها)** أي: بالجارية **(أصبعًا زائدة)** خص هذا العيب بالذكر دون عيب آخر؛ لما أنه عيب قديم لا يحدث مثله في مثل تلك المدة[2].

قوله: (اعتبارًا بما ذكرنا) وهو التوفيق في الدين، ثم وجه التوفيق هاهنا هو أن يكون البائع وكيلًا من المالك في البيع، فكان المالك في قوله: (ما بعتها) صادقًا، ثم المالك في دعواه البراءة من كل عيب لا يكون مناقضًا.

---

(١) انظر: فتاوى قاضي خان (٢/ ٢٩٧، ٢٩٨).
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٧٥)، ٧/ ٣٣٦.

وَوَجْهُ الظَّاهِرِ: أَنَّ شَرْطَ البَرَاءَةِ تَغْيِيرٌ لِلْعَقْدِ مِن اقْتِضَاءِ وَصْفِ السَّلَامَةِ إِلَى غَيْرِهِ(*)، فَيَسْتَدْعِي وُجُودَ البَيْعِ، وَقَدْ أَنْكَرَهُ فَكَانَ مُنَاقِضًا، بِخِلَافِ الدَّيْنِ، لِأَنَّهُ قَدْ يُقْضَى وَإِنْ كَانَ بَاطِلًا عَلَى مَا مَرَّ.

قَالَ: (ذِكْرُ حَقٍّ كَتَبَ فِي أَسْفَلِهِ: «وَمَنْ قَامَ بِهَذَا الذِّكْرِ الحَقِّ فَهُوَ وَلِيُّ مَا فِيهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى»، أَوْ كَتَبَ فِي شِرَاءٍ: «فَعَلَى فُلَانٍ خَلَاصُ ذَلِكَ وَتَسْلِيمُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ

ونظيره ما ذكر التمرتاشي: أقام بينة على الشراء، وذو اليد ينكر، ثم أقام المُنكر بينة على أن المدعي رد المبيع عليَّ قبلت، ولا يبطل إنكاره البيع ببيّنته؛ لأنه يقول: أخذها مني ببينة كاذبة، ثم استقلته فأقالني، فإذا أمكن الجمع بينهما جمع.

(تغيير للعقد) أي: شرط البراءة عن العيب تغيير لصفة العقد عن اقتضاء وصف السلامة إلى غيره، وذلك لا يتصور بدون البيع؛ لأن الصفة بدون الموصوف لا تتصوّر، فإذا بطل التوفيق لزم التناقض، بخلاف الدين، فإن هناك تقبل بينة المطلوب على القضاء والإبراء بعد إنكاره أصل الدين؛ إذ التوفيق ممكن بأن يقول: ما كان لك علي شيء قط غير أني دفعت المال قطعًا للخصومة والملامة، فلما جحدتني أثبته[١]. كذا ذكره المحبوبي.

قوله: (ذكر حق) أي: صكّ، يعني لو كتب صك الشراء ثم كتب في آخره: **(من قام بذكر هذا الحق فهو وليّ ما فيه)** أو كتب: ما أدرك فلانًا فعليَّ خلاصه، ثم كتب: إن شاء الله، [٢/ ١٩٤/ب] فعند أبي حنيفة يبطل الصك كله، حتى يبطل الدين الذي فيه ونقد الشراء والخلاص، وعندهما: الدين لازم والشراء ثابت.

وقوله: (إن شاء الله) ينصرف إلى قوله: ومن قام يذكر هذا الحق وعلي الخلاص؛ لأن الأصل أن الاستثناء يصرف إلى ما يليه، خصوصًا إذا قامت الدلالة عليه، وقد قامت هنا؛ لأن الصك إنما يُكتب للتوثق، وصرف الاستثناء

(*) الراجح: هو ظاهر الرواية.

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٧٥)، فتح القدير (٧/ ٣٣٦، ٣٣٧).

تَعَالَى»، بَطَلَ الذِّكْرُ كُلُّهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، هُوَ عَلَى الخَلَاصِ وَعَلَى مَنْ قَامَ بِذِكْرِ الحَقِّ، وَقَوْلُهُمَا: اسْتِحْسَانٌ ذَكَرَهُ فِي الإِقْرَارِ)(*) لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ يَنْصَرِفُ إِلَى مَا يَلِيهِ لِأَنَّ الذِّكْرَ لِلِاسْتِيثَاقِ، وَكَذَا الأَصْلُ فِي الكَلَامِ الِاسْتِبْدَادُ، وَلَهُ: أَنَّ الكُلَّ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ بِحُكْمِ العَطْفِ فَيُصْرَفُ إِلَى الكُلِّ، كَمَا فِي الكَلِمَاتِ المَعْطُوفَةِ مِثْلِ قَوْلِهِ: عَبْدُهُ حُرٌّ وَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ وَعَلَيْهِ المَشْيُ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ تَعَالَى إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى؛ وَلَوْ تَرَكَ فُرْجَةً قَالُوا: لَا يَلْتَحِقُ بِهِ وَيَصِيرُ كَفَاصِلِ السُّكُوتِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

إلى الكل يبطل التوثق، ولأن في ظاهر حال الناس أن الاستثناء في الكلمات إلى ما يليه.

ألا ترى أنه لو كتب كتابًا إلى بعض وكلائه، وقال في آخره: أن يقول كذا وكذا إن شاء الله ينصرف إلى ما يليه دون الكل، ولأبي حنيفة أن الكل كشيء واحد بحكم العطف، وما قالاه من العادة في الكتب أن يترك فرجة، أو يكتب بخطٍ على حدة، فإن فعل كذلك لا ينصرف إلى الكل، ولهذا لو قُرئ على المقر ما في الصك فقال: نعم، ينصرف قوله إلى جميع ما في الصّكّ، حتى يحل للسامع أن يشهد بجميع ما في الصك، ولم يقتصر قوله: (نعم) على ما يليه، فكذا الاستثناء.

والمراد من الفُرجة: هو أن يترك شيئًا من البياض قبل قوله: ومن قام بذكر هذا الحق، ويجعل الفُرجة فصلًا؛ إذ الفرجة في الصكوك كالسكوت في المنطق[١].

فإن قيل: ينبغي ألا يكتب قوله: ومن قام، إلى آخره؛ لأنه توكيل، ولا يصح التوكيل على هذا الوجه؛ لأنه توكيل المجهول، والمجهول لا يصلح وكيلًا.

قلنا: الغرض من كتابته إثبات رضا المُقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة، فيسقط امتناع المديون عن استماع خصومة الوكيل؛ إذ التوكيل بغير رضا الخصم لا يلزم عند أبي حنيفة، وعلى تقدير الرضا هنا يلزم التوكيل بلا

(*) الراجح: قول الصاحبين. (١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٧٦)، فتح القدير (٧/ ٣٣٨).

فَصْلٌ فِي القَضَاءِ بِالمَوَارِيثِ

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ نَصْرَانِيٌّ فَجَاءَتْ امْرَأَتُهُ مُسْلِمَةً وَقَالَتْ: أَسْلَمْتُ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَقَالَتْ الوَرَثَةُ: أَسْلَمَتْ قَبْلَ مَوْتِهِ، فَالقَوْلُ قَوْلُ الوَرَثَةِ) وَقَالَ زُفَرُ ﷺ: القَوْلُ قَوْلُهَا(*)، لِأَنَّ الإِسْلَامَ حَادِثٌ فَيُضَافُ إِلَى أَقْرَبِ الأَوْقَاتِ. وَلَنَا: أَنَّ سَبَبَ الحِرْمَانِ ثَابِتٌ فِي الحَالِ، فَيَثْبُتُ فِيمَا مَضَى تَحْكِيمًا لِلْحَالِ، كَمَا فِي جَرَيَانِ مَاءِ الطَّاحُونَةِ؛ وَهَذَا ظَاهِرٌ نَعْتَبِرُهُ لِلدَّفْعِ؛ ....

رضاه، وإنما يلزم بهذا؛ لأنه إسقاط حقه، والإسقاطات تصح مع الجهالة، كما في الصلح على الإنكار[1].

وقيل: إنما يكتب في الصك قوله: من قام، إلى آخره؛ تحرزًا عن قول ابن أبي ليلى لا عن قول أبي حنيفة؛ [لأن التحرز عن قول أبي حنيفة][2] لا يحصل به؛ لأنه بهذا يثبت الرضا بوكالة وكيل مجهول، والرضا بوكالة وكيل مجهول باطل، فوجوده كعدمه، وإنما يحصل التحرز عن قول ابن أبي ليلى؛ فإن عنده يصح التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم، إلا إذا وجد الرضا بوكالة وكيل مجهول، فحينئذ يجوز، فيقع الاحتراز عن قوله. كذا ذكره قاضي خان والمحبوبي.

ولكن ذكر في كتب المذاهب الأربعة أن عند ابن أبي ليلى يجوز التوكيل بغير رضا الخصم مطلقًا[3].

فَصْلٌ فِي الْقَضَاءِ بِالْمَوَارِيثِ

لما كان الموت آخر أحوال المرء ذكر الأحكام المتعلقة به آخرًا.

قوله: (كما في جريان ماء الطاحونة) اختلفا في وجوب الأجر بعد المدة، كالمستأجر يقول: الماء منقطع فلا يجب الأجر، وقال الآجر: جارٍ يجب الأجر، فلو كان الماء في الحال جاريًا كان القول للآجر، ولو كان منقطعًا كان

(*) الراجح: هو قولنا.

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٧٧)، فتح القدير (٧/ ٣٣٨).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٣٨)، البناية شرح الهداية (٩/ ٧٧).

وَمَا ذَكَرَهُ: يَعْتَبِرُهُ لِلِاسْتِحْقَاقِ؛ (وَلَوْ مَاتَ المُسْلِمُ وَلَهُ امْرَأَةٌ نَصْرَانِيَّةٌ فَجَاءَتْ مُسْلِمَةً بَعْدَ مَوْتِهِ وَقَالَتْ: أَسْلَمْت قَبْلَ مَوْتِهِ، وَقَالَتْ الوَرَثَةُ: أَسْلَمَتْ بَعْدَ مَوْتِهِ، فَالقَوْلُ قَوْلُهُمْ أَيْضًا)، وَلَا يُحَكَّمُ الحَالُ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً لِلِاسْتِحْقَاقِ، وَهِيَ مُحْتَاجَةٌ إِلَيْهِ، أَمَّا الوَرَثَةُ فَهُمْ الدَّافِعُونَ، وَيَشْهَدُ لَهُمْ ظَاهِرُ الحُدُوثِ أَيْضًا.

القول للمستأجر، وهذا حكم باستصحاب الحال في حق ما مضى، بخلاف المفقود، فإن هناك حكمًا باستصحاب الحال الماضي في حق الحال، فعلم أن العمل بالاستصحاب تارة يكون من الحال إلى الماضي، وتارة من الماضي إلى الحال[(١)].

قوله: (وما ذكره) أي: زفر[(٢)] **(يعتبره)** أي: الاستصحاب **(للاستحقاق)** وهو قول الشافعي[(٣)]، والظاهر يعتبر للدفع لا للاستحقاق.

قوله: (ولا يُحَكَّمُ الحال) أي: لا يقال: إنها مسلمة في الحال فتكون مسلمة قبل موته، كما في مسألة الطاحونة؛ لأن إسلامها حادث، والأصل في الحوادث أن تضاف إلى أقرب الأوقات، فالحاصل أن المرأة تتمسك في هذه المسألة بما تمسك به الورثة في المسألة الأولى، والورثة يتمسكون بما تمسكت به المرأة في المسألة الأولى، غير أنها تتمسك بالظاهر في المسألتين فيصلح لدفع الاستحقاق لا لإثبات الاستحقاق[(٤)].

فإن قيل: الماء إذا كان جاريًا في مسألة الطاحونة يجعل حجة لصاحب الطاحونة، فيستحق الأجر، فقد تمسكتم بالحال لإثبات استحقاق الأجر.

قلنا: اتفقا على سبب الوجوب، وهو العقد، ولكن اختلفا في التأكيد، والظاهر يصلح للتأكيد، وفي مسألة الميراث: اختلفا في وجوب السبب، وهو الزوجية، مع اتفاقهما في الدين عند الموت، فلا يصلح الظاهر حجة[(٥)].

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٣٩، ٣٤٠)، البناية شرح الهداية (٩/ ٧٨).
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٧٨)، فتح القدير لابن الهمام (٧/ ٣٤٠).
(٣) انظر: الأم (٦/ ٢٥٢)، نهاية المطلب ودراية المذهب (١٩/ ١٣٣).
(٤) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٤٠، ٣٤١)، البناية شرح الهداية (٩/ ٧٨، ٨٩).
(٥) انظر: فتح القدير (٧/ ٣٤١).

....

[٢/ ١٩٥/أ] فإن قيل: يشكل هذا بمسألة ذكرها محمد في الأصل: إذا مات وترك ابنين، فقال أحدهما: مات أبي مسلمًا، وقد كنت مسلمًا حال حياته، وقال الآخر: صدقت وأنا أيضًا أسلمت [حال](١) حياته، وكذبه الابن المتفق [على](٢) إسلامه، وقال: بل أسلمت بعد موته؛ فالقول للابن المتفق على إسلامه، ولم يجعل الحال حكمًا على إسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال، وهو البنوة.

قلنا: ما ذكرنا من الطريق إنما يصار إليه إذا اختلفا في الماضي في ثبوت ما هو ثابت في الحال، أما إذا اتفقا في الماضي على خلاف ما هو ثابت في الحال، غير أنهما اتفقا في مقداره، فلا يصار إلى تحكم الحال وإن كان السبب قائمًا(٣)، ألا ترى أن في مسألة الطاحونة إذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الإجارة، بأن قال المستأجر: كان الماء منقطعًا شهرين، وقال الآخر: انقطع شهرًا ـ فالقول للمستأجر مع يمينه منقطعًا كان أو جاريًا في الحال، لأنهما اختلفا في جريان مقدر وانقطاع مقدر؛ وذلك غير ثابت للحال.

وفي مسألة الابنين ومسألة الكتاب حاصل الاختلاف واقع في مقدار مدة الإسلام لا في نفس الإسلام، والثابت في الحال نفس الإسلام لا إسلام مقدر، فهذا هو المأخذ في المسألة(٤).

وذكر التمرتاشي مثله، وهي ترد شبهة أيضًا على الأصل، وهو أن الاستحقاق لا يثبت بالظاهر، وقال: ادعت المرأة أنه أبانها في مرضه وصار فارًّا، وقالت الورثة: في الصحة؛ فالقول للمرأة؛ لأنها أنكرت المانع، وهو الطلاق في الصحة، يعني الأصل عدم المانع(٥).

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) في الأصل: (حال إسلامه)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧/ ٤٣، ٤٤).
(٤) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٤٢٧، ٤٢٨)، فتح القدير لابن الهمام (٧/ ٣٤١، ٣٤٢).
(٥) انظر: فتح القدير لابن الهمام (٧/ ٣٤١، ٣٤٢).

قَالَ: (وَمَنْ مَاتَ وَلَهُ فِي يَدِ رَجُلٍ أَرْبَعَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً فَقَالَ الْمُسْتَوْدَعُ: هَذَا ابْنُ الْمَيِّتِ لَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُ، فَإِنَّهُ يَدْفَعُ الْمَالَ إِلَيْهِ) لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّ مَا فِي يَدِهِ حَقُّ الْوَارِثِ خِلَافَةً، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ أَنَّهُ حَقُّ الْمُوَرِّثِ وَهُوَ حَيٌّ أَصَالَةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ لِرَجُلٍ أَنَّهُ وَكِيلُ الْمُودِعِ بِالْقَبْضِ أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْهُ حَيْثُ لَا يُؤْمَرُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ، لِأَنَّهُ

قوله: (أو أنه اشتراه) أي: أن الرجل المُقرّ له اشترى عين الوديعة من مودِعه، ثم في فصل الشراء لا يؤمر بالدفع، مع أن المودَع أقر بزوال ملك المودِع؛ لأن إقراره حجة قاصرة عليه، فلا يصح في حق الغير، فإنه أقر أنه ملك الغائب وهو حي، ويده في الوديعة يد الغائب، فلا يملك إبطال يده وملكه بإقراره؛ إذ في تصحيح إقراره تنفيذ إقراره على الغير، كما في حق قبض الوديعة بالوكالة[1].

وفي الفوائد الظهيرية: ففي فصل الوديعة إذا لم يؤمر بالتسليم، ومع هذا لو سلم وأراد الاسترداد هل له ذلك؟

قيل: لا يملك؛ لأنه يصير ساعيًا في نقض ما أوجبه، وكان والدي يحكي عن أستاذه ظهير الدين المرغيناني أنه كان يتردد في جواب هذه المسألة، أما إذا لم يسلم في فصل الوديعة حتى ضاعت في يده قيل: يضمن، وقيل: لا يضمن، وكان ينبغي أن يضمن؛ لأن المنع من وكيل المودع في زعمه كالمنع من المودع، وفي المنع منه يضمن، فكذا من وكيله[2].

واختلف في الملتقط لو أقر باللقطة لرجل: هل يؤمر بالدفع؟ وقد بينا الخلاف في اللقطة[3].

وفي الجامع[4]: لو ادعى الوصاية فصدقه مودع الميت أو غاصب منه أو وصيه ـ لا يؤمر بالدفع.

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٤٢)، البناية شرح الهداية (٩/ ٨٠).
(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٤٢، ٣٤٣)، فتح القدير لابن الهمام (٧/ ٣٤٣).
(٣) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٤٥)، فتح القدير لابن الهمام (٧/ ٣٤٣).
(٤) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير (١/ ٣٩٦).

أَقَرَّ بِقِيَامِ حَقِّ المُودِعِ، إِذْ هُوَ حَيٌّ فَيَكُونُ إِقْرَارًا عَلَى مَالِ الغَيْرِ، وَلَا كَذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ، بِخِلَافِ المَدْيُونِ إِذَا أَقَرَّ بِتَوْكِيلِ غَيْرِهِ بِالقَبْضِ، لِأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا فَيَكُونُ إِقْرَارًا عَلَى نَفْسِهِ فَيُؤْمَرُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ (فَلَوْ قَالَ المُودَعُ لِآخَرَ، هَذَا ابْنُهُ أَيْضًا، وَقَالَ الأَوَّلُ: لَيْسَ لَهُ ابْنٌ غَيْرِي قَضَى بِالمَالِ لِلْأَوَّلِ) لِأَنَّهُ لَمَّا صَحَّ إِقْرَارُهُ لِلْأَوَّلِ انْقَطَعَ يَدُهُ عَنْ المَالِ، فَيَكُونُ هَذَا إِقْرَارًا عَلَى الأَوَّلِ، فَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ لِلثَّانِي، كَمَا إِذَا كَانَ الأَوَّلُ ابْنًا مَعْرُوفًا، وَلِأَنَّهُ حِينَ أَقَرَّ لِلْأَوَّلِ لَا مُكَذِّبَ لَهُ فَصَحَّ، وَحِينَ أَقَرَّ لِلثَّانِي لَهُ مُكَذِّبٌ فَلَمْ يَصِحَّ.

قَالَ: (وَإِذَا قُسِمَ المِيرَاثُ بَيْنَ الغُرَمَاءِ وَالوَرَثَةِ، فَإِنَّهُ لَا يُؤْخَذُ مِنهُمْ كَفِيلٌ وَلَا مِن وَارِثٍ، وَهَذَا شَيْءٌ احْتَاطَ بِهِ بَعْضُ القُضَاةِ، وَهُوَ ظُلْمٌ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَقَالَا: يُؤْخَذُ الكَفِيلُ(*)، ....

قوله: (بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره)، أي: أقر المديون لرجل أنه وكيل صاحب الدين بقبض الدين، حيث يؤمر بالدفع؛ لأن المديون يقبضه من مال نفسه **(لأن الديون تقضى بأمثالها)** فكان إقرار المديون بأنه وكيل بقبضه إقرارًا على نفسه بوجوب القضاء إليه[١]. كذا ذكره قاضي خان.

قوله: (فلم يصح إقراره) بابن آخر ويضمن المودع نصف ما أدى إلى الأول للابن الثاني الذي أقر له إذا دفع الوديعة بغير قضاء القاضي[٢]، وبه قال الشافعي في قول وأحمد[٣]، وقال في قول: لا يضمن؛ لأن إقراره للثاني صادف ملك الغير، فلا يلزم به شيء.

قوله: (وهذا شيء) أي: أخذ الكفيل شيء **(احتاط به بعض القضاة)** وكان ابن أبي ليلى يفعل كذلك بالكوفة في قضائه[٤].

قوله: (وقالا: يؤخذ الكفيل) أي: لا يدفع المال إليهم حتى يؤخذ الكفيل،

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٤٣)، البناية شرح الهداية (٩/ ٨٠).

(٢) البناية شرح الهداية (٩/ ٨٠)، فتح القدير لابن الهمام (٧/ ٣٤٣).

(٣) انظر: المغني (٦/ ٤٤٥، ٤٤٦)، الشرح الكبير على متن المقنع (٧/ ٣١٥).

(٤) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٨١)، فتح القدير لابن الهمام (٧/ ٣٤٤).

وَالمَسْأَلَةُ فِيمَا إِذَا ثَبَتَ الدَّيْنُ وَالإِرْثُ بِالشَّهَادَةِ، وَلَمْ يَقُلْ الشُّهُودُ لَا نَعْلَمُ لَهُ وَارِثًا غَيْرَهُ.

وبه قال الشافعي[١]، واختلف أصحابه، فقيل: يجب أخذ الكفيل، وقيل: لا يجب بل يستحب، وقيل: إن كان الوارث ممن يحجب وجب، إلا فلا.

وقيل: إن كان الوارث مأمونًا لا يجب، وإن كان غير مأمون يجب، وهذا الدفع إلى الوارث إنما يصح أن لو كان وارثًا لا يُحجب بغيره، فإن كان يحجب بغيره لا يدفع المال إليه، وإذا كان وارثًا يختلف نصيبه ولا يحجب ـ يدفع إليه أقل النصيبين عند أبي يوسف، وعند [٢/ ١٩٥/ ب] محمد: أوفر النصيبين، وبه قال الشافعي[٢] في وجه، وقول أبي حنيفة مضطرب. ذكره الصدر الشهيد في أدب القاضي[٣].

قوله: (والمسألة فيما إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة)، أما لو ثبتا بالإقرار يؤخذ الكفيل بالاتفاق، وقيل: بقوله: لا نعلم له وارثًا غيره، أما إذا قال الشهود: لا نعلم له وارثًا غيره ـ يدفع إليه المال بلا أخذ كفيل بالاتفاق، وعند ابن أبي ليلى لا يثبت إرثه حتى يقولا: لا وارث له سواه، ويأخذ الكفيل عنده في هذه الصورة أيضًا، وبه قال الشافعي[٤] في وجه، وقال في وجه: يجب أخذ الكفيل في جميع الصور.

قال التمرتاشي: لو قال المودع لرجل: هو ابن الميت، ولم يزد عليه، فالقاضي يتلوّم في ذلك زمانًا على حسب ما يرى، يعني مفوّض إلى رأي القاضي، وقدر الطحاوي[٥] زمان التلوم بالحول، فإن لم يظهر وارث آخر أمر بدفع المال، ويأخذ له كفيلًا؛ لاحتمال أن يظهر وارث آخر.

قيل: هذا قولهما، وعند أبي حنيفة لا يأخذ، وبه قال الشافعي[٦] في وجه،

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (٧/ ١١٤)، نهاية المطلب في دراية المذهب (٧/ ١٣٤).
(٢) انظر: الحاوي الكبير (٧/ ١١٤)، نهاية المطلب في دراية المذهب (٧/ ١٣٤).
(٣) انظر: أدب القاضي (٣/ ٤٥٨).
(٤) انظر: الأم (٧/ ١٣٠)، نهاية المطلب في دراية المذهب (٧/ ١٣٧).
(٥) انظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/ ١٣٩، ١٤٠).
(٦) انظر: الأم (٧/ ١٣٠)، نهاية المطلب في دراية المذهب (٧/ ١٣٧).

لَهُمَا: أَنَّ القَاضِيَ نَاظِرٌ لِلْغُيَّبِ، وَالظَّاهِرُ: أَنَّ فِي التَّرِكَةِ وَارِثًا غَائِبًا أَوْ غَرِيمًا غَائِبًا، لِأَنَّ المَوْتَ قَدْ يَقَعُ بَغْتَةً فَيُحْتَاطُ بِالكَفَالَةِ. كَمَا إِذَا دَفَعَ الآبِقَ وَاللُّقَطَةَ إِلَى صَاحِبِهِ وَأَعْطَى امْرَأَةَ الغَائِبِ النَّفَقَةَ مِن مَالِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: أَنَّ حَقَّ الحَاضِرِ ثَابِتٌ قَطْعًا، أَوْ ظَاهِرًا فَلَا يُؤَخَّرُ لِحَقٍّ مَوْهُومٍ إِلَى زَمَانِ التَّكْفِيلِ، ....

وقيل: يأخذ عند الكل؛ لأن الثابت بالإقرار دون الثابت بالبيّنة[1]، وإذا قال الشهود: لا نعلم له وارثًا غيره يدفع إليه من غير تلوم وكفيل، سواء كان وارثًا يُحجب بحال أو لا، ولو قالوا: لا وارث غيره، فكذلك استحسانًا، وفيه خلاف الشافعي[2].

(**فيحتاط**) أي: القاضي.

(**كما إذا دفع**) أي: القاضي العبد (**الآبق واللقطة**) إلى رجل أثبت عنده أنه صاحبه (**وأعطى امرأة الغائب**) يعني طلبت النفقة وزوجها غائب، وله عند إنسان وديعة، والمودع مقرّ بالوديعة والنكاح، فالقاضي يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلًا[3]. كذا في المبسوط[4] والفوائد الظهيرية.

قوله: (**حق الحاضر ثابت قطعًا**) أي: فيما إذا كان الوارث الآخر معدومًا قطعًا (**أو ظاهرًا**) أي: فيما إذا كان موجودًا، لكن القاضي لم يكلف بإظهاره على وجه يُؤخر حق الحاضر؛ بل هو مكلف بالعمل بما ظهر عنده من الحجة، وكان العمل بالظاهر عليه واجبًا.

(**فلا يؤخر لحق**) أي: لا يؤخر الدفع (**إلى زمان التكفيل**) بسبب أمر موهوم؛ لأن الموهوم لا يقابل المعلوم، أرأيت لو لم يجد كفيلًا كان منع حقه هذا ظلمًا! ولأنه لو أخذ الكفيل إنما يأخذ لمجهول، والكفالة لمجهول لا تصح، لا يقال: يأخذ الكفيل لنفسه؛ صيانةً لقضائه عن النقض؛ لأنه ليس

---

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام (٧/ ٣٤٥).
(٢) الأم (٧/ ١٣٠)، نهاية المطلب في دراية المذهب (٧/ ١٣٧).
(٣) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٤٥)، البناية شرح الهداية (٩/ ٨٢، ٨٣).
(٤) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٥٢، ١٥٣).

كَمَنْ أَثْبَتَ الشِّرَاءَ مِمَّنْ فِي يَدِهِ أَوْ أَثْبَتَ الدَّيْنَ عَلَى العَبْدِ حَتَّى بِيعَ فِي دَيْنِهِ لَا يَكْفُلُ، وَلِأَنَّ المَكْفُولَ لَهُ مَجْهُولٌ، فَصَارَ كَمَا إِذَا كُفِلَ لِأَحَدِ الغُرَمَاءِ بِخِلَافِ النَّفَقَةِ، لِأَنَّ حَقَّ الزَّوْجِ ثَابِتٌ وَهُوَ مَعْلُومٌ.

وَأَمَّا الآبِقُ وَاللُّقَطَةُ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَالأَصَحُّ: أَنَّهُ عَلَى الخِلَافِ. وَقِيلَ: إِنْ دَفَعَ

بخصم ولا للميت؛ لأن حقه في تسليم ماله إلى وارثه، وقد أثبت وارثه، فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل(١).

فإن قيل: القاضي يتلوَّم في هذه الصورة، ذكره في الأسرار وأدب القاضي للصدر الشهيد(٢)، والتلوم إنما يكون لتوهم وارث آخر، وبعد التلوم ما انقطعت الشبهة، فينبغي أن يجوز أخذ الكفيل لبقاء الشُّبهة، ويدفع المال إلى الحاضر؛ لقيام الحجة؛ لأن الحجة راجحة على الشبهة؛ عملًا بالجهتين.

قلنا: يجب العمل، على القاضي العمل بالحجة، ولا يجوز له العمل بغير حجة، والموهوم غير حجة، ألا ترى لو قال الشهود: لا نعلم له وارثًا غيره ـ فالشبهة قائمة، ولا يجوز أخذ الكفيل، وليست الكفالة كالتلوم؛ لأن التلوم لطلب علم زائد له؛ ليتم علمه بقدر الممكن، أما الكفالة طلب أمر زائد على المستحق، فلا يجوز ألا يتوجه حق عليه من وجه، ولا يتوجه بالموهوم كما ذكرنا(٣)، إليه أشار في المبسوط(٤) والأسرار.

قوله: (**كمن أثبت الشراء**) إلى قوله: (**لا يكفل**) أي لا يؤخذ الكفيل من المُشتري الذي أثبت شراءه بالحجة، ولا من رب الدين الذي أثبت دينه على العبد بالبيّنة، وإن كان يتوهم حضور مشترٍ آخر قبله، وغريم آخر في حق العبد؛ لأن حق الزوج ثابت، والمكفول له هو، وهو معلوم، فالتكفل لأجله يكون واجبًا(٥).

قوله: (**والأصح أنه على الخلاف**) إذا ظهر الاستحقاق بالبينة،

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٤٥، ٣٤٦)، البناية شرح الهداية (٩/ ٨٢).
(٢) انظر: أدب القاضي (٣/ ٤٥٨).
(٣) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٤٧)، فتح القدير لابن الهمام (٧/ ٣٤٦- ٣٤٧).
(٤) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٥٢).
(٥) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٨٣)، فتح القدير لابن الهمام (٧/ ٣٤٦).

بِعَلَامَةِ اللُّقَطَةِ أَوْ إِقْرَارِ العَبْدِ يَكْفُلُ بِالإِجْمَاعِ، لِأَنَّ الحَقَّ غَيْرُ ثَابِتٍ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يُمْنَعَ. وَقَوْلُهُ: ظُلْمٌ: أَيْ مَيْلٌ عَنْ سَوَاءِ السَّبِيلِ، وَهَذَا يَكْشِفُ عَنْ مَذْهَبِهِ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ المُجْتَهِدَ يُخْطِئُ وَيُصِيبُ لَا كَمَا ظَنَّهُ البَعْضُ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ الدَّارُ فِي يَدِ رَجُلٍ وَأَقَامَ الآخَرُ البَيِّنَةَ أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَخِيهِ فُلَانٍ الغَائِبِ، قُضِيَ لَهُ بِالنِّصْفِ، وَتُرِكَ النِّصْفُ الآخَرُ فِي يَدِ الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ، وَلَا يَسْتَوْثِقُ مِنهُ بِكَفِيلٍ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إِنْ كَانَ

أما لو أعطى العلامة يكفل بالإجماع[1]. كذا ذكره المرغيناني[2] والمحبوبي.

قوله: (وهذا) أي: **قوله: (ظلم يكشف عن مذهب أبي حنيفة أن المجتهد يخطئ ويصيب)** بل هو نص عليه.

(لا كما ظنه البعض) وهو المعتزلة، أن كل مجتهد مصيب على مذهب أبي حنيفة، وإنما وقعوا في هذا الظن بسبب ما نقل عن أبي حنيفة [٢/١٩٦/أ] أنه قال ليوسف بن خالد السمتي: كل مجتهد مصيب، والحق عند الله واحد.

وقلنا: معناه مصيب في الاجتهاد، حتى يكون مثابًا وإن وقع اجتهاده مخالفًا[3] للحق عند الله تعالى، فقد قال محمد: لو تلاعنا ثلاثًا ثلاثًا، ففرق القاضي بينهما ـ نفذ قضاؤه وقد أخطأ السنة، جعل قضاءه صوابًا مع فتواه أنه مخطئ الحق عند الله تعالى[4]. كذا في التقويم[5].

قوله: (ولا يستوثق منه) أي: من صاحب اليد **(بكفيل)** وهذا بإجماع الفقهاء، وإنما الخلاف في أخذ نصيب الغائب منه وتركه في يده، فعند أبي حنيفة[6] يُترك في يده، وعندهما إن كان جاحدًا أُخِذ منه، وجُعِلَ في يد

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٨٣)، فتح القدير لابن الهمام (٧/ ٣٤٦).
(٢) انظر: الهداية في شرح بداية المبتدئ (٣/ ١١٢).
(٣) بعدها في الأصل: (للحق عند الله مخطئ) ولعلها مقحمة، والسياق المثبت في البناية (٩/ ٨٣).
(٤) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٨٣)، فتح القدير لابن الهمام (٧/ ٣٤٧).
(٥) انظر: تقويم الأدلة في أصول الفقه (ص: ٤٠٧).
(٦) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٨٥)، فتح القدير لابن الهمام (٧/ ٣٤٧).

الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ جَاحِدًا أُخِذَ مِنهُ وَجُعِلَ فِي يَدِ أَمِينٍ، وَإِنْ لَمْ يَجْحَدْ تُرِكَ فِي يَدِهِ)(*) لَهُمَا: أَنَّ الجَاحِدَ خَائِنٌ فَلَا يُتْرَكُ المَالُ فِي يَدِهِ، بِخِلَافِ المُقِرِّ لِأَنَّهُ أَمِينٌ. وَلَهُ: أَنَّ القَضَاءَ وَقَعَ لِلْمَيِّتِ مَقْصُودًا، وَاحْتِمَالُ كَوْنِهِ مُخْتَارَ المَيِّتِ ثَابِتٌ فَلَا تُنْقَضُ يَدُهُ كَمَا إِذَا كَانَ مُقِرًّا، وَجُحُودُهُ قَدْ ارْتَفَعَ بِقَضَاءِ القَاضِي، وَالظَّاهِرُ عَدَمُ الجُحُودِ فِي المُسْتَقْبَلِ لِصَيْرُورَةِ الحَادِثَةِ مَعْلُومَةً لَهُ وَلِلْقَاضِي، وَلَوْ كَانَتْ الدَّعْوَى فِي مَنْقُولٍ فَقَدْ قِيلَ: يُؤْخَذُ مِنهُ بِالِاتِّفَاقِ، لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الحِفْظِ، وَالنَّزْعُ أَبْلَغُ فِيهِ، بِخِلَافِ

أمين، وقال الشافعي[١] وأحمد[٢]: يحفظ الحاكم نصيب الغائب كقولهما.

(له) أي: لأبي حنيفة **(أن القضاء للميت مقصودًا)**؛ لأن القضاء بالميراث قضاء بملك الميت، حتى تقضى منه ديونه، وتنفذ وصاياه[٣].

وقوله: **(وجحوده قد ارتفع بالقضاء)**، جواب عن قولهما: إن الجاحد خائن[٤].

وقوله: **(والظاهر عدم جحوده في المستقبل)** جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال لما جحد مرة، فالظاهر دوامه على جحوده، فأجاب عن هذا، وقال: **(والظاهر عدم جحوده في المستقبل؛ لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي)**، فالظاهر أنه إنما جحد لاشتباه الأمر عليه، وقد زال ذلك بالحجة[٥].

فإن قيل: هذا مُسلّم على تقدير بقاء القاضي وتذكره، فربما يموت القاضي في المستقبل، أو ينساه، بأن يحترق المحضر ولا يتذكره.

قلنا: خوف التلف بموت القاضي ونسيانه واحتراق المحضر مما يندر، ولا يُبالى بالنوادر[٦]. كذا في الفوائد الظهيرية.

قوله: (والنزع أبلغ فيه) أي: في المنقول؛ لأنه لما جحد ربما يتصرف فيه

(*) **الراجح: قول الصاحبين.**

(١) انظر: الأم (٦/ ٢٥٠)، الحاوي الكبير (١٧/ ٣٤٠، ٣٤١).

(٢) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٦٠)، المغني لابن قدامة (١٠/ ٢٦٩).

(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٨٤)، فتح القدير لابن الهمام (٧/ ٣٤٧- ٣٤٨).

(٤) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٤٨)، البناية شرح الهداية (٩/ ٨٤).

(٥) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٨٤).

(٦) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٤٨)، فتح القدير لابن الهمام (٧/ ٣٤٨).

العَقَارِ، لِأَنَّهَا مُحَصَّنَةٌ بِنَفْسِهَا، وَلِهَذَا يَمْلِكُ الوَصِيُّ بَيْعَ المَنْقُولِ عَلَى الكَبِيرِ الغَائِبِ دُونَ العَقَارِ، وَكَذَا حُكْمُ وَصِيِّ الأُمِّ وَالأَخِ وَالعَمِّ عَلَى الصَّغِيرِ.

وَقِيلَ: المَنْقُولُ عَلَى الخِلَافِ أَيْضًا، وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ فِيهِ أَظْهَرُ لِحَاجَتِهِ إِلَى الحِفْظِ، وَإِنَّمَا لَا يُؤْخَذُ الكَفِيلُ، لِأَنَّهُ إِنْشَاءُ خُصُومَةٍ، وَالقَاضِي إِنَّمَا نُصِبَ

إما لخيانة، أو لزعمه أنه ملكه؛ إذ العدل لا يمتنع من التصرف فيما يزعم أنه ملكه، فالأخذ أبلغ من الترك في الحفظ(١).

وقوله: **(ولهذا يملك الوصي)** توضيح لمعنى الحفظ، فإن المنقول يحتاج إلى الحفظ دون العقار فكان البيع أبلغ في الحفظ، فيملكه، وكذا وصيّ الأخ والأم والعم على الصغير، وإنما خصهم؛ إذ ليس لهم ولاية التصرف، ولهم ولاية الحفظ، وهذا من باب الحفظ(٢).

(وقول أبي حنيفة فيه) أي: في المنقول **(أظهر)** بأنه يترك عنده نصيب الغائب في يد ذي اليد، أي: أظهر من حيث الدليل؛ إذ لو ترك في يده لكان مضمونًا عليه، ولو أخذ منه لا يكون مضمونًا على أحد، فكان الترك في يده أبلغ من الحفظ؛ إذ يد الضمين أشد حفظًا من يد الأمين(٣).

قوله: (وإنما لا يؤخذ الكفيل) من ذي اليد **(لأنه)** أي: أخذ الكفيل **(إنشاء خصومة)** إذ ربما لا يسامح ذو اليد في دفع الكفيل، والأخ الحاضر يطالبه بالكفيل، فتنشأ الخصومة، وأما في سائر الصور التي يؤخذ بالتكفيل فقد تقدمت سوابق الخصومة، فكان أخذ الكفيل هناك قطعًا للخصومات(٤).

وعند الشافعي(٥) إن لم يكن الشهود من أهل المعرفة الباطنة، يعني بالظاهر لا باليقين ـ لم يدفع إلى الحاضر شيئًا، حتى يبعث الحاكم ويسأل في البلاد التي سافر إليها، فإن لم يظهر له وارث سواهما دفع إلى الحاضر نصيبه، ويأخذ كفيلًا منه.

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٤٨)، فتح القدير (٧/ ٣٤٩).
(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام (٧/ ٣٤٩).
(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٨٤).
(٤) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٨٥)، فتح القدير (٧/ ٣٤٩).
(٥) انظر: الأم (٧/ ١٣٠)، نهاية المطلب في دراية المذهب (٧/ ١٣٤).

لِقَطْعِهَا لَا لِإِنْشَائِهَا، وَإِذَا حَضَرَ الغَائِبُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى إِعَادَةِ البَيِّنَةِ وَيُسَلَّمُ النِّصْفُ إِلَيْهِ بِذَلِكَ القَضَاءِ، لِأَنَّ أَحَدَ الوَرَثَةِ يَنْتَصِبُ خَصْمًا عَنْ البَاقِينَ فِيمَا يَسْتَحِقُّ لَهُ، وَعَلَيْهِ دَيْنًا كَانَ أَوْ عَيْنًا، لِأَنَّ المَقْضِيَّ لَهُ وَعَلَيْهِ إِنَّمَا هُوَ المَيِّتُ فِي الحَقِيقَةِ وَوَاحِدٌ مِن الوَرَثَةِ يَصْلُحُ خَلِيفَةً عَنْهُ فِي ذَلِك، بِخِلَافِ الِاسْتِيفَاءِ لِنَفْسِهِ، لِأَنَّهُ عَامِلٌ فِيهِ لِنَفْسِهِ فَلَا يَصْلُحُ نَائِبًا عَنْ غَيْرِهِ، وَلِهَذَا: لَا يَسْتَوْفِي إِلَّا نَصِيبَهُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا قَامَتْ البَيِّنَةُ بِدَيْنِ المَيِّتِ، ....

قال بعض أصحابه: يجب أخذ الكفيل، وقال بعضهم: يستحب، وقال بعضهم: إن كان الوارث ممن يُحجب وجب أخذ الكفيل، وإلا لا، وقال بعضهم: إن كان الوارث مأمونًا لم يجب، وإلا وجب، وقد مرَّ.

قوله: (لا يحتاج إلى إعادة البينة) في حق أخذ نصيبه من ذي اليد، وقال أبو الليث عن بعض مشايخنا: إن على قياس قول أبي حنيفة ينبغي أن يعيد البينة؛ لأن تلك البينة للحاضر خاصة، كما في القصاص إذا أقام بينة الولي الحاضر على قتل أبيه عمدًا، ثم حضر الغائب ـ يحتاج إلى إعادة البينة على قوله خاصة، فكذا هاهنا.

وقال بعضهم: لا يحتاج إلى الإعادة؛ لأن بينة الحاضر له وللغائب كما في القتل الخطأ، إذا أقام الحاضر بينة لا يحتاج الغائب إلى إعادة البينة، ويأخذ نصف الدية[1] كذا هاهنا.

قال فخر الإسلام: وهذا أصح، لا أن أحد الورثة ينتصب خصمًا عن الباقين.

قوله: (بخلاف الاستيفاء) أي: استيفاء نصيبه؛ **(لأنه عامل فيه لنفسه)** لا للميت فلا يصلح نائبا عن غيره [٢/١٩٦/ب] فلهذا لا يستوفي إلا نصيب نفسه[2].

قوله: (بدين الميت) أي: بدين للميت، فإنه يقضى بالكل، ولا يأخذ إلا نصيب نفسه[3].

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٨٥- ٨٦).
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٨٦)، فتح القدير (٧/ ٣٥٠).
(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٨٦)، فتح القدير (٧/ ٣٥٠).

إِلَّا أَنَّهُ إِنَّمَا يَثْبُتُ اسْتِحْقَاقُ الكُلِّ عَلَى أَحَدِ الوَرَثَةِ إِذَا كَانَ الكُلُّ فِي يَدِهِ.

ذَكَرَهُ فِي الجَامِعِ، لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ خَصْمًا بِدُونِ اليَدِ فَيَقْتَصِرُ القَضَاءُ عَلَى مَا فِي يَدِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ: مَالِي فِي المَسَاكِينِ صَدَقَةٌ، فَهُوَ عَلَى مَا فِيهِ الزَّكَاةُ، وَإِنْ

وقوله: (إلا أنه) استثناء عن قوله: لأن ([أحد][1] الورثة) ينتصب خصمًا إلى آخره، يعني لو ادعى أحد على أحد الورثة دينًا على الميت ـ يكون هو خصمًا في جميع التركة، ويكون قضاء على جميع الورثة إذ كانت التركة جميعها في يده ينفذ بقدره؛ لأنه لا خصومة بدون اليد[2].

(ذكره في الجامع) أي: في الجامع الكبير.

وفي الكافي: أن دعوى العين لا تتوجه إلا على ذي اليد، وإنما ينتصب أحد الورثة خصمًا عن الباقين إذا كان المدعى في يده، وهذا بخلاف دعوى الدين فإن أحد الورثة ينتصب خصمًا وإن لم يكن في يده شيء من التركة[3].

قوله: (فهو على ما فيه الزكاة) أي: يلزم صدقة جميع ما يملكه من أجناس الأموال التي يجب فيها الزكاة، كالنقدين والسوائم وأموال التجارة، بقليلها وكثيرها، ويمسك قُوته، فإذا أصاب شيئًا بعد ذلك تَصدق بما أمسك، وبعد ما وجب التصدق في جنس الأموال التي يجب فيها الزكاة فلا فرق بعد ذلك بين قدر النصاب وما دونه؛ لأن ذلك يتعلق به الزكاة إذا انضم به غيره، فكأنهم اعتبروا الجنس دون القدر.

ولهذا قالوا: لو نذر أن يتصدق بماله، وعليه دين محيط بماله لزمه أن يتصدق به، فإن قضى به دينه لزمه التصدق عند تملكه؛ لأن المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة وإن لم تكن الزكاة واجبة. كذا ذكره المحبوبي.

ولا يجب عليه تصدق الأموال التي لا يجب في جنسها الزكاة، كالعقار والرقيق وأثاث المنازل، وثياب البِذْلة، وغير ذلك[4]. ذكره في المبسوط[5].

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) انظر: فتح القدير (٧/ ٣٥٠- ٣٥١).
(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٨٦).
(٤) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٨٦، ٨٧)، فتح القدير (٧/ ٣٥١).
(٥) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٩٣).

أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ فَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ) وَالقِيَاسُ: أَنْ يَلْزَمَهُ التَّصَدُّقُ بِالكُلِّ، وَبِهِ قَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ لِعُمُومِ اسْمِ المَالِ كَمَا فِي الوَصِيَّةِ.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ إِيجَابَ العَبْدِ مُعْتَبَرٌ بِإِيجَابِ اللَّهِ تَعَالَى فَيَنْصَرِفُ إِيجَابُهُ إِلَى مَا أَوْجَبَ الشَّارِعُ فِيهِ الصَّدَقَةَ مِن المَالِ.

قوله: (وبه) أي: بالقياس **(قال زفر)**[1] وهو قول الشافعي[2] والنخعي[3] والبتي[4]، وقال مالك[5] وأحمد[6] والزهري[7]: يتصدق بثلث ماله، سواء كان زكويًّا أو لا؛ لما روى أنه ﷺ قال لأبي لبابة حين قال: إن من توبتي يا رسول الله أن أنخلَع من مالي، فقال: «**يُجزِئُكَ الثّلثُ**»[8].

وجه قول زفر والشافعي أنه ﷺ قال: «**مَنْ نَذَرَ أنْ يُطيعَ اللهَ فليُطِعه**»[9] ولأن اسم المال عام فيتناول الكل، كما في الوصية.

وقلنا: (استحسانًا أن إيجاب العبد) إلى آخره، يعني أن الله تعالى أوجب الصدقة في مطلق المال بقوله: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة:١٠٣] ويتناول مال الزكاة، فكذا فيما يوجب العبد، ألا ترى لو قال: لله عليَّ إطعام، ينصرف إلى إطعام عشرة مساكين استدلالًا بإيجاب الله تعالى، فكذا هاهنا، بخلاف الوصية؛ لأنا لا نجد في الوصيّة إيجابًا في الشرع يقيّد بمال الزكاة لا غير حتى ينصرف إيجابه إليه، فلذلك انصرف إلى كل المال، ولأن الوصية أخت الميراث من حيث إنها خلافة[10].

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ٩٣)، البناية شرح الهداية (٩/ ٨٦، ٨٧).
(٢) انظر: الأم (٢/ ٢٧٩)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (٣/ ٢٩٧).
(٣) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٢/ ١٩٠)، المغني لابن قدامة (١٠/ ٩)، الشرح الكبير على متن المقنع (١١/ ٣٤٠).
(٤) انظر: المغني لابن قدامة (١٠/ ٩)، الشرح الكبير على متن المقنع (١١/ ٣٤٠).
(٥) انظر: المدونة (١/ ٥٧٤)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٢/ ١٩٠).
(٦) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢١٥)، المغني لابن قدامة (١٠/ ٩).
(٧) انظر: المغني لابن قدامة (١٠/ ٩)، الشرح الكبير على متن المقنع (١١/ ٣٤٠).
(٨) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٤٠ رقم ٣٣١٩)، وابن حبان (٨/ ١٦٤ رقم ٣٣٧١)، والحاكم (٣/ ٦٣٢ رقم ٦٦٥٨).
(٩) أخرجه البخاري (٨/ ١٤٢ رقم ٦٦٩٦) من حديث عائشة رضي الله عنها.
(١٠) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٥٢)، البناية شرح الهداية (٩/ ٨٧).

أَمَّا الوَصِيَّةُ: فَأُخْتُ المِيرَاثِ، لِأَنَّهَا خِلَافَةٌ كَهِيَ، فَلَا يَخْتَصُّ بِمَالٍ دُونَ مَالٍ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ التِزَامُ الصَّدَقَةِ مِن فَاضِلِ مَالِهِ وَهُوَ مَالُ الزَّكَاةِ، أَمَّا الوَصِيَّةُ تَقَعُ فِي حَالِ الِاسْتِغْنَاءِ، فَيَنْصَرِفُ إِلَى الكُلِّ، وَتَدْخُلُ فِيهِ الأَرْضُ العُشْرِيَّةُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ لِأَنَّهَا سَبَبُ الصَّدَقَةِ، إِذْ جِهَةُ الصَّدَقَةِ فِي العُشْرِيَّةِ رَاجِحَةٌ عِنْدَهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ:

(كهي) أي: كالوراثة؛ إذ في كل منهما تمليك مضافًا إلى ما بعد الموت، ثم الميراث لا يختص بمال الزكاة، فكذا الوصية[1]. كذا ذكره المحبوبي.

ولا يلزم علينا الاعتكاف، فإنه يجب بإيجاب العبد، مع أن الله تعالى لم يوجب من جنسه؛ لأنا نقول: أوجب الله تعالى على العباد من جنسه معنى، وهو الوقوف بعرفات، فإن كل واحد حبس النفس على العبادة في مكان، أو لأن الاعتكاف انتظار للصلاة، ولهذا اختص بالمسجد الذي يصلى فيه الجماعة، **«فالمُنتَظِر للصّلاةِ كأنّهُ فِي الصّلاةِ»**[2] في الحديث، والصلاة واجبة بإيجابه تعالى.

وأما حديث أبي لبابة ليس بنذر، فإنه شاور النبي عليه السلام أن يتصدق بجميع ماله، فأمره عليه السلام بالاقتصار على الثلث، كما أمر سعدًا حين أراد الوصيّة بجميع ماله بالاقتصار على الثلث، وليس هذا محل النزاع[3].

وأما قوله عليه السلام: **«مَنْ نَذَر أنْ يُطيعَ الله فليُطعهُ»** فنحن نقول به، ولكن هذا محل النزاع أيضًا، وقد بيّنا الفرق بين الوصية والنذر بالصدقة.

قوله: (لأنها) أي: الأرض العشرية **(سبب الصدقة)** وهي العشر، فكانت الأرض العشرية بمنزلة مال التجارة من حيث إنهما من جنس مال الزكاة التي يجب فيها الصدقة، ولا يقال في العشر معنى المؤنة بالحديث **فقال: (جهة الصدقة)** أي: العبادة فيها راجحة، وعند محمد لا تدخل، [٢/١٩٧/أ] وذكر التمرتاشي قول أبي حنيفة مع قول محمد.

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٥٢)، البناية شرح الهداية (٩/ ٨٧).
(٢) أخرجه البخاري (١/ ٤٦ رقم ١٧٦)، ومسلم (١/ ٤٥٩ رقم ٦٤٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٨٧، ٨٨).

لَا تَدْخُلُ(*) لِأَنَّهَا سَبَبُ الْمُؤْنَةِ، إِذْ جِهَةُ الْمُؤْنَةِ رَاجِحَةٌ عِنْدَهُ، وَلَا تَدْخُلُ أَرْضُ الخَرَاجِ بِالإِجْمَاعِ، لِأَنَّهُ يَتَمَحَّضُ مُؤْنَةً.

وَلَوْ قَالَ: مَا أَمْلِكُهُ صَدَقَةٌ فِي المَسَاكِينِ، فَقَدْ قِيلَ: يَتَنَاوَلُ كُلَّ مَالٍ، لِأَنَّهُ أَعَمُّ مِن لَفْظِ المَالِ. وَالمُقَيَّدُ إِيجَابُ الشَّرْعِ وَهُوَ مُخْتَصٌّ بِلَفْظِ المَالِ، فَلَا مُخَصِّصَ فِي لَفْظِ المِلْكِ فَبَقِيَ عَلَى العُمُومِ، وَالصَّحِيحُ: أَنَّهُمَا سَوَاءٌ، لِأَنَّ المُلْتَزِمَ بِاللَّفْظَيْنِ

(لأنه) أي: الأرض العشرية، على تأويل المكان، أو ذكره بالنظر إلى خيره، كما في قوله: هذا ربى؛ إذ هي من أسباب المؤنة عنده، فصارت مثل عبد الخدمة فلا يدخل في قوله: مالي صدقة؛ لرجحان جهة المؤنة؛ لأن سببه الأرض النامية، كما في الخراج، وجهة الصَّدقة غالبة عند أبي يوسف، ولهذا تُصرف مصارف الصدقات.

(لأنه) أي: الخراج **(يتمحض مؤنة)** لأن مصرفه المقاتلة، وفيهم الأغنياء[1].

قوله: (فقد قيل: يتناول كل المال) وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة، ذكره في الأمالي، وإليه ذهب محمد بن إبراهيم الميداني **(لأنه)** أي: لفظ الملك **(أعم من لفظ المال)** إذ الملك يطلق على المال وعلى غيره، يقال: ملك النكاح وملك القصاص وملك المنفعة، بخلاف ما لو قال: عبده حر إن ملك إلا خمسين درهمًا، فإن ذلك ينصرف إلى مال الزكاة، وإن نصّ على لفظ الملك، ذكره في الجامع[2]؛ لأن بقرينة الاستثناء يفهم أن المراد من الملك المال؛ إذ استثناء الدراهم يدل أن المستثنى من جنسه. كذا ذكره المحبوبي[3].

قوله: (والصحيح أنهما) أي لفظ المال، ولفظ الملك **(سواء)** وهو اختيار شمس الأئمة[4]، ذكره في مبسوطه حيث قال: [لو قال][5]: ما أملك صدقةٌ في المساكين؛ في القياس: تدخل جميع الأموال، وهو قول زفر، وفي

(*) الراجح: قول محمد.

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٨٨) فتح القدير (٧/ ٥٣).

(٢) انظر: الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير (١/ ٣٩٨).

(٣) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٥٣)، البناية شرح الهداية (٩/ ٨٩).

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي (١٢/ ٩٣).

(٥) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الفَاضِلُ عَنْ الحَاجَةِ عَلَى مَا مَرَّ، (ثُمَّ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ سِوَى مَا دَخَلَ تَحْتَ الإِيجَابِ، يُمْسِكُ مِن ذَلِكَ قُوتَهُ، ثُمَّ إِذَا أَصَابَ شَيْئًا تَصَدَّقَ بِمِثْلِ مَا أَمْسَكَ) لِأَنَّ حَاجَتَهُ هَذِهِ مُقَدَّمَةٌ وَلَمْ يُقَدِّرْ مُحَمَّدٌ بِشَيْءٍ لِاخْتِلَافِ أَحْوَالِ النَّاسِ فِيهِ.

وَقِيلَ: المُحْتَرِفُ يُمْسِكُ قُوتَهُ لِيَوْمٍ، وَصَاحِبُ الغَلَّةِ لِشَهْرٍ، وَصَاحِبُ الضِّيَاعِ لِسَنَةٍ عَلَى حَسَبِ التَّفَاوُتِ فِي مُدَّةِ وُصُولِهِمْ إِلَى المَالِ، وَعَلَى هَذَا صَاحِبُ التِّجَارَةِ يُمْسِكُ بِقَدْرِ مَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ مَالُهُ.

قَالَ: (وَمَنْ أَوْصِيَ إِلَيْهِ وَلَمْ يَعْلَمْ الوَصِيَّةَ حَتَّى بَاعَ شَيْئًا مِن التَّرِكَةِ، فَهُوَ وَصِيٌّ وَالبَيْعُ جَائِزٌ) وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الوَكِيلِ حَتَّى يَعْلَمَ.

الاستحسان: لا تدخل إلا الأموال الزكوية، فكان في لفظ الملك قياس واستحسان كما في المال، وهو اختيار أبي بكر البلخي.

وقوله: **(على ما مرَّ)** إشارة إلى ما ذكر من وجه الاستحسان والقياس[(١)].

قوله: (لأن حاجته هذه مقدمة) إذ لو لم يمسك لاحتاج إلى أن يسأل الناس، ولا يحسن أن يتصدق بماله ثم يسأل الناس من ساعته **(ولم يقدر)** أي: لم يبين في الكتاب، وهو المبسوط[(٢)]، مقدار ما يمسك؛ لأن ذلك يختلف بقلة عياله وكثرتها[(٣)].

قوله: (وصاحب الغلة) أي: صاحب الدور والحوانيت والبيوت التي لو أجرّها يمسك قوت شهر، وإن كان صاحب ضياع لسنة؛ لأن يد الدهقان إنما تصل إلى ما ينفق سنة وسنة[(٤)].

وفي الكافي: وإن كان تاجرًا فيمسك مقدار ما يرجع إليه ماله اعتبارًا لتفاوت وصولهم إلى المال.

قوله: (ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم) لتوقف التوكيل على العلم[(٥)]، وقال أحمد: لا يتوقف التوكيل على العلم أيضًا كالوصاية.

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٩٨)، فتح القدير (٧/ ٣٥٣).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٩٣).
(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٩٠)، فتح القدير (٧/ ٣٥٤).
(٤) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٩٠)، فتح القدير (٧/ ٣٥٤).
(٥) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٩٠)، فتح القدير (٧/ ٣٥٤).

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ أَيْضًا، لِأَنَّ الوِصَايَةَ إِنَابَةٌ بَعْدَ المَوْتِ فَتُعْتَبَرُ بِالإِنَابَةِ قَبْلَهُ، وَهِيَ الوَكَالَةُ. وَوَجْهُ الفَرْقِ عَلَى الظَّاهِرِ: أَنَّ الوِصَايَةَ خِلَافَةٌ لِإِضَافَتِهَا إِلَى زَمَانِ بُطْلَانِ الإِنَابَةِ، فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى العِلْمِ كَمَا فِي تَصَرُّفِ الوَارِثِ(*).

قوله: (والفرق على الظاهر) أي: ظاهر الرواية، من وجهين:

أحدهما: أن الوصاية تصرف بالموت فتعتبر بملك يثبت بالموت، وهو الميراث وثبوت الملك بالميراث لا يفتقر إلى العلم، فكذا هذا.

والثاني: أن الوصي يخلف الموصي عند خلو مكانه، كالوارث يقوم مقام المورث، ولو باع الوارث تركة المورث بعد موته وهو لا يعلم بموته يجوز بيعه، فكذا الوصي، بخلاف التوكيل وعزل الوكيل؛ لأن التوكيل أمر بما وكل به، والعزل نهي منه، فيعتبر فيه العلم، كأمر الشرع ونهيه، ألا ترى أن أصحاب رسول الله ﷺ شربوا الخمر بعد حرمتها بدون العلم فنزلت الآية: ﴿لَيْسَ عَلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوٓا۟﴾ [المائدة:٩٣] وأنهم صلوا إلى بيت المقدس بعد تحويل القبلة إلى الكعبة، ولم يؤمر بالإعادة! وكذا الخليفة إذا عزل قاضيه، فقضى ذلك القاضي قبل وصول العزل إليه ـ نفذ قضاؤه. كذا ذكره المرغيناني، والمحبوبي.

قوله: (لأن الوصاية إنابة) أي: جعل الوصي نائبًا عن نفسه، والإنابة بمعنى جعل الغير عن نفسه لم يوجد في كتب اللغة المتداولة بين الناس؛ بل هي مستعملة فيها بمعنى الرجوع، كقولهم: أناب إلى الله: رجع؛ فلهذا عيب على صاحب الكتاب استعمال الإنابة بمعنى جعل الغير نائبًا عن نفسه.

قال شيخي العلامة صاحب النهاية في النهاية: ليس هذا موضع عيب؛ إذ صاحب الكشاف[1] استعملها في ذلك في الكشاف في سورة الروم، وكفى قوله حجة في اللغة.

(كما في تصرف الوارث) فإن الولاية لو ثبتت بطريق الوراثة بأن مات أبو

(*) الراجح: قول ظاهر الرواية.

(١) انظر: الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل للزمخشري (٣/ ٤٦٦).

أَمَّا الوَكَالَةُ: فَإِنَابَةٌ لِقِيَامِ وِلَايَةِ المَنُوبِ عَنْهُ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى العِلْمِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَوْ تَوَقَّفَ لَا يَفُوتُ النَّظَرُ لِقُدْرَةِ المُوَكِّلِ، وَفِي الأَوَّلِ يَفُوتُ، لِعَجْزِ المُوصِي (وَمَنْ أَعْلَمَهُ مِنَ النَّاسِ ....

الصغير، ولم يعلم به الجد حتى باع شيئًا من مال اليتيم ـ جاز بيعه، وكذا الوارث في إملاك المورث، والجامع بينهما مساس الحاجة [٢/ ١٩٧/ ب] إلى الصيانة والحفظ عن الضياع.

قوله: (فيتوقف على العلم) لأن التوكيل إثبات ولاية التصرف، فلا يصح بدون علمه كسائر الإثباتات، مثل البيع والهبة[١].

ثم اعلم أن الروايات اتفقت أن الوكالة إذا ثبتت قصدت بدون العلم، أما إذا ثبتت الوكالة في ضمن أمر الحاضر بالتصرّف، بأن قال لغيره: اشتر عبدي من فلان لنفسك هل ثبتت وكالة فلان بالبيع؟ أو قال لعبده: انطلق إلى فلان ليعتقك، أو لامرأته انطلقي إلى فلان ليطلقك، فاشترى من فلان، أو أعتق أو طلق فلان بدون العلم ـ جاز.

فالحاصل أن الوكيل يصير وكيلًا قبل العلم بالوكالة أم لا؟

فيه روايتان: في رواية الزيادات: لا يصير، وفي رواية الوكالة: يصير[٢]. كذا في المحيط[٣]، وكذا العزل إذا كان حكميًّا، على ما سيجيء في الوكالة.

قوله: (ومن أعلمه من الناس) أطلق اسم الناس؛ ليتناول كل مميز صغيرًا أو كبيرًا أو كافرًا أو مسلمًا، فإن خبر كل مميز حجة في المعاملات التي لا إلزام فيها، كالوكالات والمضاربات، والإذن في التجارة للعبيد. ذكره في أصول شمس الأئمة[٤].

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٥٥)، البناية شرح الهداية (٩/ ٩١).
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٩١)، فتح القدير (٧/ ٣٥٥).
(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/ ٢٧٠).
(٤) انظر: أصول السرخسي (١/ ٣٣٥).

بِالوَكَالَةِ يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ) لِأَنَّهُ إِثْبَاتُ حَقٍّ لَا إِلْزَامُ أَمْرٍ.

قَالَ: (وَلَا يَكُونُ النَّهْيُ عَنْ الوَكَالَةِ حَتَّى يَشْهَدَ عِنْدَهُ شَاهِدَانِ أَوْ رَجُلٌ عَدْلٌ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا: هُوَ وَالأَوَّلُ سَوَاءٌ(*)، لِأَنَّهُ مِن المُعَامَلَاتِ وَبِالوَاحِدِ فِيهَا كِفَايَةٌ.

وقال الشافعي[١] وأحمد[٢]: لا تثبت الوكالة والعزل عنها بخبر الواحد؛ لأنه عقد مالي كالبيع.

وقلنا: (إثبات حق لا إلزام أمر) يعني إطلاق محض لا إلزام فيه، يؤيده أنه عليه السلام **«كانَ يقبلُ الهدّية مِن البَرِّ والتَّقِيِّ والعَبدِ، وكانَ يَشْتَرِي مِن الكافِرِ»**[٣].

قوله: (حتى يشهد شاهدان) والمراد من الشهادة الإخبار؛ إذ لفظ الشهادة ليس بشرط[٤]. ذكره في جامع قاضي خان.

أما العدالة في الشاهدين شرط اختلف المشايخ فيه؛ قال شمس الأئمة في أصول الفقه: ولفظ الكتاب مشتبه فإنه قال: حتى يخبره رجلان أو رجل عدل، فقيل: معناه رجلان عدل أو رجل عدل؛ لأن صيغة هذا النعت للفرد والجماعة واحد، ألا ترى أنه يقال: شاهدَيْ عدل، فقيل: لا يثبت العزل بخبر الفَاسِقين؛ لأن فيه إلزامًا، وخبر الفاسقين لا يصلح للإلزام، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة، وبه أخذ الهندواني وزعم أنه مذهب أبي حنيفة، وقال: ومعنى ما أطلق في الكتاب محمول فيما إذا كان لا يعلم حالهما بالفسق والعدالة.

وقيل: يثبت العزل بخبر الفاسقين؛ لأنه يثبت بخبر عدل واحد، وتأثير العدد فوق تأثير العدالة، فبالطريق الأولى يثبت به، ألا ترى أن القضاء بشهادة واحد عدل لا ينفذ، وبشهادة الفاسقين ينفذ![٥].

قوله: (لأنه) أي: العزل **(من المعاملات)** فيثبت بخبر الفاسق اعتبارًا

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) انظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين (١٢/ ٩١)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٤/ ٤٢٣).

(٢) انظر: المغني (٥/ ١٠٥)، الشرح الكبير على متن المقنع (٥/ ٢٦٦).

(٣) انظر: فتح القدير (٧/ ٣٥٥).

(٤) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٩٢)، فتح القدير (٧/ ٣٥٥).

(٥) انظر: فتح القدير (٧/ ٣٥٥).

وَلَهُ: أَنَّهُ خَبَرٌ مُلْزِمٌ فَيَكُونُ شَهَادَةً مِن وَجْهٍ فَيُشْتَرَطُ أَحَدُ شَطْرَيْهَا وَهُوَ العَدَدُ أَوْ العَدَالَةُ، بِخِلَافِ الأَوَّلِ، وَبِخِلَافِ رَسُولِ المُوَكِّلِ، لِأَنَّ عِبَارَتَهُ كَعِبَارَةِ المُرْسِلِ لِلْحَاجَةِ إِلَى الإِرْسَالِ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ، إِذَا أُخْبِرَ المَوْلَى بِجِنَايَةِ عَبْدِهِ، وَالشَّفِيعُ وَالبِكْرُ وَالمُسْلِمُ الَّذِي لَمْ يُهَاجِرْ إِلَيْنَا.

بالوكالة، والإذن للعبد في التجارة، بخلاف الديانات، فإنها لا تثبت بخبر الفاسقين، فَلأَنْ لا تثبت بخبر الفاسق الواحد أولى. كذا ذكره المحبوبي.

(له) أي: لأبي حنيفة **(أنه خبر ملزم)** أي: من وجه دون وجه، فمن حيث إنه تصرف في ملك نفسه يشبه التوكيل، فيقبل خبر كل مميز، ومن حيث إنه إلزام ضرر يلزم الوكيل من حيث منعه عن التصرف، فتشترط الشهادة، فشرطنا أحد شرطي الشهادة، وهو العدد أو العدالة؛ توفيرًا على الشبهين حظهما.

(بخلاف الأول) أي: التوكيل؛ لأنه لا إلزام فيه بوجه **(وبخلاف رسول الموكل؛ لأن عبارته [كعبارة][1] المرسل)** فصار كأنه حضر[2].

ومعنى ما قيل في الأصول أن فيه إلزامًا من وجه دون وجه وأن فيه منع من التصرف للوكيل والمأذون من كل وجه، ولا يجوز تصرفهما بعد ذلك؛ لأن في الإلزام قصورًا، فإن العزل والحجر تصرف المالك في ملكه، ولم يشترط فيه لفظ الشهادة وحكم الحاكم، فانحطت رتبته عن رتبة الإلزام من كل وجه، وهو ما كان إلزامًا على خصم منكر بشرط الشهادة وحكم الحاكم[3]. كذا في النهاية.

وذكر المحبوبي: أجمعوا على أن المخبر إن كان عدلًا ـ ينعزل، وإن كان فضوليًا، وأجمعوا أن المخبر لو كان فاسقًا، وصدّقه الوكيل فيما أخبر، والمأذون ـ ينعزل.

قوله: (وعلى هذا الخلاف إذا أخبر المولى) إلى آخره.

هاهنا ست مسائل: عزل الوكيل، وعزل المأذون، وإخبار المولى، والشفيع، والبكر، والمسلم الذي لم يهاجر، ثلاث منها ـ وهو عزل الوكيل، وعزل المأذون، وإخبار المولى ـ ذكره محمد في المبسوط[4]، [٢/١٩٨/أ]

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٩٢).
(٣) انظر: فتح القدير (٧/ ٣٥٥).
(٤) المبسوط للسرخسي (١/ ٢٤٦).

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ القَاضِي أَوْ أَمِينُهُ عَبْدًا لِلْغُرَمَاءِ وَأَخَذَ المَالَ فَضَاعَ وَاسْتُحِقَّ العَبْدُ لَمْ يَضْمَنْ) لِأَنَّ أَمِينَ القَاضِي قَائِمٌ مَقَامَ القَاضِي، وَالقَاضِي مَقَامَ الإِمَامِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمْ لَا يَلْحَقُهُ ضَمَانٌ كَيْ لَا يَتَقَاعَدُ عَنْ قَبُولِ هَذِهِ الأَمَانَةِ، فَتُضَيعُ الحُقُوقُ (وَيَرْجِعُ المُشْتَرِي عَلَى الغُرَمَاءِ)، لِأَنَّ البَيْعَ وَاقِعٌ لَهُمْ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِمْ عِنْدَ تَعَذُّرِ الرُّجُوعِ عَلَى العَاقِدِ، كَمَا إِذَا كَانَ العَاقِدُ مَحْجُورًا عَلَيْهِ وَلِهَذَا يُبَاعُ بِطَلَبِهِمْ (وَإِنْ أَمَرَ

واثنان منها ـ وهو إخبار الحربي، وإخبار الشفيع ـ ذكره في النوادر، والمسألة السادسة قاسها مشايخنا بهذه الخمسة[1].

أما المولى إذا أخبر بجناية العبد فأعتقه؛ فإن كان المخبر عدلًا أو فاسقًا، فصدقه ـ يكون مختارًا للفداء بالإجماع، وإن كان فاسقًا، ولم يصدقه ـ فعلى الاختلاف[2].

وكذا الحربي إذا أسلم في دار الحرب، فأخبره إنسان بما عليه من الفرائض؛ فإن كان المخبر عدلًا أو فاسقًا فصدقه ـ يلزمه القضاء بالإجماع، وإن كان فاسقًا، ولم يصدقه ـ فعلى الاختلاف؛ فعنده: لا يلزمه، خلافًا لهما.

وكذا الشفيع أخبر بالشراء، فسكت، فعلى ما قلنا من الوجوه[3].

وكذا البِكر إذا أخبرت بالنِّكاح فسكتت، فعلى ما ذكرنا من الوجوه[4]. كذا ذكره المحبوبي.

قوله: (وأخذ المال) أي: الثمن **(فضاع)** أي: الثمن **(واستحق العبد لم يضمن)** أي: القاضي أو أمينه.

قوله: (إذا كان العاقد محجورًا) أطلق لفظ المحجور ليتناول العبد المحجور، والصبي المحجور، فإن من وكل صبيًّا محجورًا يعقل البيع والشراء، أو عبدًا محجورًا جاز العقد بمباشرتهما، ولا تتعلق حقوق العقد بهما؛ بل تتعلق بموكلهما، وإذا تعذر تعليق الحقوق هاهنا على العاقد تتعلق بأقرب الناس إلى

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٩٣)، فتح القدير (٧/ ٣٥٦).
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٩٣)، فتح القدير (٧/ ٣٥٧).
(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٩٣)، فتح القدير (٧/ ٣٥٧).
(٤) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٩٣)، فتح القدير (٧/ ٣٥٧).

القَاضِي الوَصِيَّ بِبَيْعِهِ لِلْغُرَمَاءِ، ثُمَّ اسْتُحِقَّ أَوْ مَاتَ قَبْلَ القَبْضِ، وَضَاعَ المَالُ، رَجَعَ المُشْتَرِي عَلَى الوَصِيِّ) لِأَنَّهُ عَاقِدٌ نِيَابَةً عَنِ المَيِّتِ، وَإِنْ كَانَ بِإِقَامَةِ القَاضِي عَنْهُ فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَهُ بِنَفْسِهِ.

قَالَ: (وَرَجَعَ الوَصِيُّ عَلَى الغُرَمَاءِ) لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُمْ، وَإِنْ ظَهَرَ لِلْمَيِّتِ مَالٌ يَرْجِعُ الغَرِيمُ فِيهِ بِدَيْنِهِ. قَالُوا: وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: يَرْجِعُ بِالمِائَةِ الَّتِي غَرِمَهَا أَيْضًا لِأَنَّهُ لَحِقَهُ فِي أَمْرِ المَيِّتِ، وَالوَارِثُ إِذَا بِيعَ لَهُ بِمَنْزِلَةِ الغَرِيمِ، لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ كَانَ العَاقِدُ عَامِلًا لَهُ.

العاقد، كما في توكيل المحجور، وأقرب الناس فيما نحن فيه الغريم؛ لوقوع العقد له، كما في الوكيل، ولهذا أن القاضي لا يأمر أمينه أو الوصي إلا بعد طلب الغريم.

(لأنه) أي: الوصي **(عاقد نيابة عن الميت)**.

أما إذا كان الميت أوصى إليه فظاهر، وكذا إذا نصبه القاضي؛ لأن القاضي إنما نصبه ليكون قائمًا مقام الميت لا ليكون قائمًا مقام القاضي، فصار كما إذا باع المديون بنفسه حال حياته، وهاهنا ترجع الحقوق إليه، فكذا هاهنا.

(لأنه) أي: الوصي **(عامل لهم)** أي: للغرماء، ومن عمل لغيره عملًا، ولحقه فيه ضمان يرجع على من وقع له العمل[1].

قوله: (قالوا ويجوز أن يقال: يرجع) أي: الغريم **(بالمائة التي غرمها أيضًا)** كما رجع بدينه، وإنما قال بهذا اللفظ؛ لأن فيه اختلافًا.

قال أبو الليث: يجوز أن يقال: يرجع بما ضمن الوصي أو للمشتري؛ لأن الضمان لحقه لأمر الميت، وعن بعض مشايخنا: لا يرجع؛ لأن الضمان إنما يلحقه بفعله؛ لأن قبض الوصي كقبضه[2].

وفي الكافي: والأصح الرجوع؛ لأنه قضى ذلك وهو مضطر فيه.

قوله: (والوارث إذا بيع له) أي: لأجل الوارثِ، يعني إذا احتاج إلى بيع

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٩٤)، فتح القدير (٧/ ٣٥٨).
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٩٥)، فتح القدير (٧/ ٣٥٨).

فَصْلٌ آخَرُ: [قَوْلُ القَاضِي بانْفِرَادِهِ قَبْلَ العَزْلِ وَبَعْدَهُ]

(وَإِذَا قَالَ القَاضِي: قَدْ قَضَيْتُ عَلَى هَذَا بِالرَّجْمِ فَارْجُمْهُ، أَوْ بِالقَطْعِ فَاقْطَعْهُ، أَوْ بِالضَّرْبِ فَاضْرِبْهُ وَسِعَك أَنْ تَفْعَلَ) وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ(*) هَذَا، وَقَالَ: لَا تَأْخُذْ بِقَوْلِهِ حَتَّى تُعَايِنَ الحُجَّةَ، لِأَنَّ قَوْلَهُ يَحْتَمِلُ الغَلَطَ وَالخَطَأَ، وَالتَّدَارُكُ غَيْرُ مُمْكِنٍ، وَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ: لَا يُقْبَلُ كِتَابُهُ. وَاسْتَحْسَنَ المَشَايِخُ هَذِهِ الرِّوَايَةَ لِفَسَادِ حَالِ أَكْثَرِ القُضَاةِ فِي زَمَانِنَا، إِلَّا فِي كِتَابِ القَاضِي لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ.

وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ: أَنَّهُ أُخْبِرَ عَنْ أَمْرٍ يَمْلِكُ إِنْشَاءَهُ فَيُقْبَلُ لِخُلُوِّهِ عَنِ التُّهْمَةِ،

شيء من التركة وهو صغير، فباعه الوصي ثم استحق ـ رجع المشتري بالثمن على الوصيّ على الوارث، وكذا لو باعه أمين القاضي لحاجته رجع المشتري على الوارث إذا كان أهلًا، وإن لم يكن أهلًا نصب القاضي عنه من يقضي دينه[1].

فَصْلٌ آخَرُ: [قَوْلُ القَاضِي بانْفِرَادِهِ قَبْلَ العَزْلِ وَبَعْدَهُ]

قوله: (حتى تعاين الحجة) أو يشهد مع القاضي على ذلك عدل، وبه أخذ مشايخنا؛ لفساد قضاة الزمان، وصدقُ خبر الواحد بيقين مرتبة الأنبياء عليهم السلام، وغيرهم غير معصومين عن الكذب والغلط، على الخصوص في قضاة هذا الزمان؛ لغلبة الجهل والفسق فيهم، إلا كتاب القاضي للحاجة، وهو ضرورة إحياء الحقوق، ولأن الخيانة فيه قلما تقع[2].

قوله: (لخلوه عن التهمة) يعني لما كان قادرًا على إنشائه لا تتمكن التهمة في خبره، ولأنه قد جرى الرسم أنه لا يقلّد في كل بلدة إلا قاضٍ واحد، فلو لم يكن مجرد خبره حُجّة في الإلزام لكان يقلد في كل بلدة قاضيان، كما يستشهد شاهدان على حق وأكثر من ذلك[3].

(*) الراجح: قول محمد كما قال المصنف واستحسنها المشايخ.

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٩٥)، فتح القدير (٧/ ٣٥٨).

(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٩٦)، فتح القدير (٧/ ٣٥٩).

(٣) انظر: فتح القدير (٧/ ٣٦٠).

وَلِأَنَّ طَاعَةَ أُولِي الْأَمْرِ وَاجِبَةٌ، وَفِي تَصْدِيقِهِ طَاعَةٌ. وَقَالَ الْإِمَامُ أَبُو مَنْصُورٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنْ كَانَ عَدْلًا عَالِمًا يُقْبَلُ قَوْلُهُ لِانْعِدَامِ تُهْمَةِ الْخَطَإِ وَالْخِيَانَةِ، وَإِنْ كَانَ عَدْلًا جَاهِلًا يُسْتَفْسَرُ، فَإِنْ أَحْسَنَ التَّفْسِيرَ وَجَبَ تَصْدِيقُهُ وَإِلَّا فَلَا، وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا فَاسِقًا أَوْ عَالِمًا فَاسِقًا لَا يُقْبَلُ إِلَّا أَنْ يُعَايِنَ سَبَبَ الْحُكْمِ لِتُهْمَةِ الْخَطَإِ وَالْخِيَانَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا عُزِلَ الْقَاضِي، فَقَالَ لِرَجُلٍ: «أَخَذْتُ مِنك أَلْفًا، وَدَفَعْتَهَا إِلَى

ثم في ظاهر الرواية يعتمد على خبره من غير استفسار، ولكن قال مشايخنا: هذا إذا كان القاضي عدلًا فقيهًا، فعدالته تمنعه من الميل إلى الرشوة، وفقهه يؤمّن من الغلط في الحكم. كذا في جامع شمس الأئمة.

ولأن طاعة أُولي الأمر واجب قال تعالى: ﴿أَطِيعُوا۟ ٱللَّهَ﴾ إلى قوله ﴿وَأُو۟لِى ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ﴾ [النساء:٥٩]، وقال عليه السلام: «**اسمعُوا وأطِيعُوا ولو أمّرَ عليك عبدٌ حَبَشِيّ**»[(١)] ومن الطاعة قبول [٢/١٩٨/ب] قوله، وصار بحق الولاية قوله مثل قول الجماعة.

قوله: (يستفسر) أي: عن قضائه **(فإن أحسن)** أي: تفسير قضائه، بأن فسره على وجه اقتضاء الشرع، بأن قال في الزنا بالإقرار: استفسرت المقر كما هو المعروف فيه، وحكمت برجمه، ويقول في السرقة: ثبت عندي بالحجة أنه أخذ نصابًا من حرز لا شبهة فيه، وفي القصاص: أنه قتل عمدًا[(٢)].

قوله: (لا يقبل إلا أن يعاين سبب الحكم) لأنه تعالى قال: ﴿إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ﴾ [الحجرات:٦] الآية.

قوله: (لتهمة الخطأ) أي: إذا كان جاهلًا فاسقًا (والخيانة) إذا كان عالمًا فاسقًا وما ذكر الوجه الرابع من القسمة العقلية، وهو أن يكون عالمًا عادلًا؛ لأنه يقبل قوله بدون الاستفسار؛ لزوال موجب الاستفسار، وهو الجهل والفسق[(٣)].

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٦٠)، البناية شرح الهداية (٩/ ٩٧).
(٢) أخرجه البخاري (٩/ ٦٢ رقم ٧١٤٢) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.
(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٩٧)، فتح القدير (٧/ ٣٥٩).

فُلَانٍ، قَضَيْتُ بِهَا لَهُ عَلَيْك»، فَقَالَ الرَّجُلُ: «أَخَذْتَهَا ظُلْمًا»، فَالقَوْلُ قَوْلُ القَاضِي، وَكَذَا لَوْ قَالَ: قَضَيْتُ بِقَطْعِ يَدِك فِي حَقٍّ، هَذَا إذَا كَانَ الَّذِي قُطِعَتْ يَدُهُ، وَالَّذِي أُخِذَ مِنْهُ المَالُ مُقِرَّيْنِ أَنَّهُ فَعَلَ ذَلِك وَهُوَ قَاضٍ) وَوَجْهُهُ: أَنَّهُمَا لَمَّا تَوَافَقَا أَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ فِي قَضَائِهِ كَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ.

إِذْ القَاضِي لَا يَقْضِي بِالجَوْرِ ظَاهِرًا (وَلَا يَمِينَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ ثَبَتَ فِعْلُهُ فِي قَضَائِهِ بِالتَّصَادُقِ وَلَا يَمِينَ عَلَى القَاضِي.

(وَلَوْ أَقَرَّ القَاطِعُ وَالآخِذُ بِمَا أَقَرَّ بِهِ القَاضِي لَا يَضْمَنُ أَيْضًا) لِأَنَّهُ فَعَلَهُ فِي حَالِ القَضَاءِ، وَدَفْعُ القَاضِي صَحِيحٌ كَمَا إذَا كَانَ مُعَايِنًا (وَلَوْ زَعَمَ المَقْطُوعُ يَدُهُ أَوْ المَأْخُوذُ مَالُهُ أَنَّهُ فَعَلَ قَبْلَ التَّقْلِيدِ أَوْ بَعْدَ العَزْلِ، فَالقَوْلُ لِلْقَاضِي أَيْضًا) هُوَ الصَّحِيحُ، ....

قوله: **(لا يمين عليه)** أي: على القاضي؛ لأنه لو لزمه اليمين لصار خصمًا، وقضاء الخصم لا ينفذ، والقاضي أمين لا خصم. كذا في جامع البرهاني[(١)].

ولأنا لو أجبنا اليمين والضمان عليه في مواضع اليمين والضمان لامتنع الناس عن الدخول في القضاء، فتتعطل أمور الناس[(٢)].

قوله: **(ولو أقر الآخذ أو القاطع)** أي: لو أقر القاطع بأمر القاضي، وأخذ المال بأمر القاضي بالقطع، والآخذ بقضاء القاضي لا يضمنُ أيضًا كالقاضي **(لأنه)** أي: القاطع والآخذ **(فعله)**.

(ودفع القاضي) أي: دفع القاضي المال إلى رب الدين أو المستحق **(صحيح)**؛ لأنه دفعه في حالة القضاء، والظاهر أنه يحق، فكان دفعه صحيحًا.

(كما إذا كان معاينًا) أي: إذا كان دفع القاضي المال إلى الآخذ بحكم القضاء في معاينة المأخوذ منه المال لا يضمن الآخذ، فكذا إذا أقرّ بما أقرّ به القاضي[(٣)].

قوله: **(فالقول للقاضي أيضًا، هو الصحيح)** هذا احتراز عما ذكره شمس

---

(١) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٥٩، ٦٠).
(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٦١)، البناية شرح الهداية (٩/ ٩٨).
(٣) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٦١)، البناية شرح الهداية (٩/ ٩٨)، فتح القدير (٧/ ٣٦١).

....

الأئمة في جامعه أن القول للمدعي إذا قال: فعله بعد العزل؛ لأن هذا الفعل حادث، فيحال حدوثه إلى أقرب الأوقات، ومن ادعى تاريخًا سابقًا لا يصدّق إلا بحجة؛ لأن الأصل أن المنازعة متى وقعت في الحالة الماضية يحكم الحال، كما في مسألة الطاحونة.

وفي الحال فعله وهو قاض، وذلك غير موجب الضمان عليه باعتبار الظاهر؛ إذ الأصل أن القاضي يقضي بما هو حق حتى يتبين خلافه، ولكن ذكر في عامة نسخ الجامع: فالقول للقاضي، كما ذكر في الكتاب، وهو اختيار فخر الإسلام والصدر الشهيد(١)؛ لأنه متى عرف أنه كان قاضيًا صحت إضافة الأخذ إلى حالة القضاء؛ لأن حالة القضاء معهودة منافية للضمان، فصار بتلك الإضافة منكرًا للضمان(٢)، كما لو قال الوكيل بالبيع: بِعتُ وسلّمتُ قبل العزل، وقال الموكل: لا، بعد العزل ـ فالقول للوكيل إن كان المبيع مستهلكًا، وإن كان قائمًا بعينه لم يصدق؛ لأنه أخبر عن أمر لا يملك إنشاءه فيصير مدعيًا.

وكذا لو قال العبد لغيره بعد العتق: قطعت يدك خطأ وأنا عبد فلان، وقال المقر له: قطعتها وأنت حر؛ فالقول للعبد، ولا ضمان(٣)، وكذا لو قال لعبد: قد أعتقته أخذت منك غلة كل شهر كذا وأنت عبد لي، وقال المعتق: أخذتها بعد العتق ـ فالقول للمولى، ولو كانت الغلة قائمة، فالقول للعبد ويأخذه من المولى؛ لأنه أقر بالأخذ، ثم بالإضافة يريد التملك عليه، فكان مدعيًا(٤).

وكذا في مسألة القاضي لو كان الألف بعينها قائمة في يد القاضي، فقال القاضي بعد العزل: أخذته منك وأنا قاضٍ، فقضيْته لهذا الرجل ودفعته إليه، وصدقه المَقْضِي له فيه، وأنكره المَقْضِي عليه، وقال: أخذته مني بعد العزل على وجه القضاء؛ فالقول للمَقضيّ عليه.

علل محمد في الزيادات فقال: لأن الشيء قائم بعينه، فلا يُصدق القاضي

---

(١) انظر: شرح أدب القاضي (٣/ ١٦١).
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٩٨)، فتح القدير (٧/ ٣٦٢).
(٣) انظر: فتح القدير (٧/ ٣٦٢).
(٤) انظر: فتح القدير (٧/ ٣٦٢).

لِأَنَّهُ أَسْنَدَ فِعْلَهُ إِلَى حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ طَلَّقْت أَوْ أَعْتَقْت وَأَنَا مَجْنُونٌ وَالْجُنُونُ مِنهُ كَانَ مَعْهُودًا ....

في أنه أخذه على وجه الحكم بعد العزل، قالوا: ومعناه أن القاضي لما أقرّ بالأخذ منه يصير شاهدًا لغيره بالكلام الثاني، وإقراره بالأخذ صحيح، وشهادته بالملك لغيره باطلة[١]، وكذا الوصي لو ادعى أنه أنفق على اليتيم بعد بلوغه، وكذا في يده وادّعى اليتيم أنه استهلكه فالقول للوصيّ[٢]. كذا ذكره المحبوبي.

قوله: (والجنون منه كان معهودًا) أي: معلومًا عند الناس كان القول له، حتى لا يقع الطلاق والعتاق لإضافته إلى [٢/١٩٩/أ] حالة منافية لإيقاعها[٣]، وكذا لو قال: أقررْت لك وأنا ذاهب العقل من برسام، وهو معلوم أن ذلك أصابه؛ لإضافته إلى حالة معلومة عند الناس منافية للإقرار[٤].

فإن قيل: يشكل على هذا ما ذكره في باب جناية المملوك فيمن أعتق جاريته، ثم قال لها: قطعت يَدَكِ وأنت أَمَتي، فقالت: قطعتها وأنا حّرة؛ فالقول لها، وكذا كل ما أخذ منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف، مع أنه منكر لوجوب الضمان بإسناده الفعل إلى حالة معلومة منافية للضمان.

ولو قلت: أقر هناك بسبب الضمان، وهو القَطع، ثم ادعى ما يبّرئه عنه فلا يسمع لذلك.

قلنا: هاهنا أيضًا أقر بسبب الضمان، وهو الإقرار، للمقر له بشيء، ثم ادعى ما يُبّرئه بذهاب العقل، وكذا القاضي بالأخذ، وهو موجب للضمان بعد العزل، ثم ادعى ما يبرئه بكونه في حالة القضاء وكذا الوكيل بالبيع، وكذا الوصي، فيجب ألا يُسمع ما يدعيه مما يبرئه هاهنا أيضًا.

قلنا: الفرق بينهما أن المولى أقرّ بأخذ مال الغير، وادعى جهة التملك لنفسه فيصدق في الإقرار ولا يُصدّق في جهة التملك، كما لو قال: أخذت منك ألفًا بحق ديني عليك، أو بحق الهبة التي وهبت لي، وأنكر الآخر ـ كان القول للمقر له.

---

(١) انظر: فتح التقدير (٧/ ٣٦٣، ٣٦٤).
(٢) انظر: فتح القدير (٧/ ٣٦٢).
(٣) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٦٣)، البناية شرح الهداية (٩/ ٩٩).
(٤) انظر: فتح القدير (٧/ ٣٦٢).

(وَلَوْ أَقَرَّ القَاطِعُ أَوْ الآخِذُ فِي هَذَا الفَصْلِ بِمَا أَقَرَّ بِهِ القَاضِي يَضْمَنانِ) لِأَنَّهُمَا أَقَرَّا بِسَبَبِ الضَّمَانِ، وَقَوْلُ القَاضِي مَقْبُولٌ فِي دَفْعِ الضَّمَانِ عَنْ نَفْسِهِ، لَا فِي إِبْطَالِ سَبَبِ الضَّمَانِ عَلَى غَيْرِهِ، بِخِلَافِ الأَوَّلِ، لِأَنَّهُ ثَبَتَ فِعْلُهُ فِي قَضَائِهِ بِالتَّصَادُقِ (وَلَوْ كَانَ المَالُ فِي يَدِ الآخِذِ قَائِمًا، وَقَدْ أَقَرَّ بِمَا أَقَرَّ بِهِ القَاضِي، وَالمَأْخُوذُ مِنْهُ المَالُ صَدَّقَ القَاضِي فِي أَنَّهُ فَعَلَهُ فِي قَضَائِهِ أَوْ ادَّعَى أَنَّهُ فَعَلَهُ فِي غَيْرِ قَضَائِهِ يُؤْخَذُ مِنْهُ) لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّ اليَدَ كَانَتْ لَهُ فَلَا يُصَدَّقُ فِي دَعْوَى تَمَلُّكِهِ إِلَّا بِحُجَّةٍ، وَقَوْلُ المَعْزُولِ فِيهِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ.

وكذا لو قال: أكلت طعامك بإذنك، وقال: بغير إذني، فالقول لصاحب الطعام؛ لما قلنا، بخلاف القاضي والوكيل والوصي؛ لأنهم ما ادعوا جهة التملك، وكذا في دعوى الطلاق والعتاق والإقرار ما ادعوا التمليك لأنفسهم ما هو ملك الغير، فكان القول قولهم في إضافتهم إلى حالة معهودة منافية[1]. إليه أشار الإمام المحبوبي.

قوله: (**في هذا الفصل**) وهو فصل أن المقطوع يده والمأخوذ ماله يزعم أن القاضي قطع وأخذ قبل التقليد أو بعد العزل، بأن القاضي أمرني بهما أنهما يضمنان ولا يضمن القاضي بإقراره ذلك؛ لأنا قبلنا قول القاضي في نفي الضمان عن نفسه، فأما في حق ذلك الرجل فلا[2].

فإن قيل: قد وجد منها الإسناد إلى الحالة معهودة منافية للضمان، فيجب ألا يضمنا كالقاضي.

قلنا: إن هذه جهة يعارضها ما هو أقوى منها، يقتضي وجوب الضمان، وهو الإقرار بسبب الضمان؛ لأن هذه جهة قطعية بكون إقرار كل مقر حجة قطعية على نفسه، ومَا ذكرنا من قضاء القاضي في حقهما جهة ظاهرة لا قطعية، والظاهر لا يعارض القطعي[3].

فإن قيل: هذا الوجه ثابت في حق القاضي أيضًا؛ لأنه أقر بالقضاء بالأخذ ثم ادعى ما يُبرّئه بالإسناد إلى حالة معهودة منافية، ينبغي ألا يقبل قوله أيضًا.

---

(١) انظر: فتح القدير (٧/ ٣٦٢). (٢) انظر: فتح القدير (٧/ ٣٦٣).
(٣) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٦٣)، البناية شرح الهداية (٩/ ٩٩).

....

قلنا: لو أَوْجبنا الضمان على القاضي بالإقرار بالقضاء لامتنع الناس عن قبول القضاء، ولا كذلك في فصل الأخذ؛ لأن وجوب الضمان على الآخذ لا يفضي إلى ذلك، ولأن حالة القضاء منافية للضمان لا محالة؛ لما ذكرنا، فكان في إسنادِه إلى حالة القضاء فائدة.

وأما إسناد غير القاضي فعله إلى حالة القضاء غير مفيد؛ لأن ذلك لا ينافي الضمان لا محالة؛ لأنه كم من غاصب يغصب مال الغير والقاضي في القضاء قائم، وما ادعى من القاضي أمرًا بالقطع والأخذ غير ثابت؛ لعدم الحجة، والكلام فيه، وقول المعزول في حقه شهادة، فلا تُسمع[1].

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٩٩، فتح القدير (٧/ ٣٦٣، ٣٦٤).

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الشَّهَادَاتِ

كِتَابُ الشَّهَادَاتِ

إيراد كتاب الشهادة عقيب أدب القاضي بَيِّنُ المناسبة.

محاسن الشهادة كثيرة: منها أنها صفة الله تعالى، قال الله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ﴾ [المجادلة:٦].

منها: أن مبناه على الصّدق، وهو حسنٌ في ذاتِه، فالخبر الصادق حسنٌ في ذاته.

فإن قيل: تزكية النفس والغيبة منهي عنه بقوله تعالى: ﴿فَلَا تُزَكُّوٓاْ أَنفُسَكُمْ﴾ [النجم:٣٢] وبقوله: ﴿وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا﴾ [الحجرات:١٢] الآية وإن كان صادقًا، فكيف يكون الصدق حسنًا في ذاته؟

قلنا: التزكية تتضمن معنى الإعجاب والتفوق على الغير، فيكون منهيًّا بهذه الجهة وإن كان صادقًا في نفسه، وكذا الغيبة باعتبار إيذاء الغير.

ومنها: أن فيها امتثال أمر الله تعالى [٢/١٩٩/ب] قال تعالى: ﴿كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ﴾ [النساء:١٣٥].

ومنها: استحقاق الإكرام، قال ﷺ: «**أَكْرِمُوا الشّهودَ فإنّ الله تَعالى يُحِيي بِهِمُ الحُقوقَ**»[١].

ثم الشّهادة لغةً: إخبار قاطع، ذكره في الصحاح[٢]، يعني الإخبار بالشيء

---

(١) أخرجه العقيلي في الضعفاء (١/ ٦٤)، وقوام السنة في الترغيب والترهيب (١/ ١٦١ رقم ١٩٩)، وابن الجوزي في العلل المتناهية (٢/ ٢٧٥ رقم ١٢٦٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
قال العقيلي: حديث غير محفوظ، ولا أصل له، وضعفه ابن الجوزي، وضعفه أيضًا ابن الملقن في البدر المنير (٩/ ٦١٩).

(٢) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (٢/ ٤٩٤).

قَالَ: (الشَّهَادَةُ فَرْضٌ تَلْزَمُ الشُّهُودَ، وَلَا يَسَعُهُمْ كِتْمَانُهَا إِذَا طَالَبَهُمْ الْمُدَّعِي) لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ [البقرة: ٢٨٢] ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وَإِنَّمَا يُشْتَرَطُ طَلَبُ الْمُدَّعِي، لِأَنَّهَا حَقُّهُ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى طَلَبِهِ كَسَائِرِ الْحُقُوقِ.

عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحِسبان، ومن هذا قالوا: مشتقة من المشاهدة، وهي المعاينة، وإليه الإشارة النبوية بقوله: «**إذَا رأيتَ مِثلَ الشّمسِ فاشْهَدْ**»[١].

وفي الشريعة: إخبار عن صدقٍ بلفظ الشهادة في مجلس القضاء[٢].

وسَببها في حق التحمل: المشاهدة، وفي حق الأداء: طلب المدعي.

ورُكنها: استعمال لفظ الشهادة.

وشروطها كثيرة، وتجيء في أثناء المَسَائل.

وحكمها: وجوب الحكم على القاضي بما يثبت بها.

وفي المبسوط[٣]. والقِياس يأبى كون الشهادة حُجّة ملزمة؛ لأنه خبر محتمل للصدق والكذب، والمحتمل لا يكون حُجّة، إلا أن القياس ترك بالنصوص والإجماع.

قال: (**فرض**) أي: أداؤها وتحملها إذا تعين، وفرض كفاية إذا لم يتعين بإجماع الفقهاء[٤].

وقوله: (**لا يسعهم كتمانها**) تأكيد لقوله: (**تلزم الشهود**)، وقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ [البقرة:٢٨٢] دليل أن الطلب من المُدّعي شرط لفرضيته، والنهي عن الإباء عند الدعاء أمرٌ بالحضور للأداء، والنهي عن الشيء

---

(١) أخرجه الحاكم (٤/ ١١٠، رقم ٧٠٤٥)، والعقيلي في الضعفاء الكبير (٤/ ٦٩)، وابن عدي في الكامل في الضعفاء (٦/ ٢٠٧)، والبيهقي في شعب الإيمان (٧/ ٤٥٥، رقم ١٠٩٧٤) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
وصححه الحاكم، وضعفه العقيلي، وابن عدي.

(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٦٤)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٠٠).

(٣) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١١٢).

(٤) انظر: المحلى بالآثار (٨/ ٥٢٧)، الإقناع مسائل الإجماع لابن القطان (٢/ ١٣٨).

....

يكون أمرًا بضده إذا كان له ضد مقصود بأمر آخر، وهاهنا كذلك؛ لأن الأداء منصوص بقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق:٢]، مع أن لهذا النهي ضدًّا واحدًا.

وإنمّا خص القلب وإن كانت الجملة آثمة؛ لأنه رئيس الأعضاء والمُضغَة التي «**إنْ صَلَحَتْ صَلَحَ الجَسَدِ كُلّه، وإذَا فَسَدَتْ فَسَدَ كُلّهُ**» كما جاء في الحديث[١]، فكأنه قِيل: قد تمكن الإثم في أصله، وملك أشرف شيء منه، ولأن أفعال القلوب أعظم من سائر الجوارح، فأصل الحسنات والسيئات الإيمان والكفر، وهما من أفعال القلوب، فإذا جعل كتمان الشهادة من آثام القلوب ـ بان أنه من أعظم الذنوب.

وفي المجتبى عن الفضلي: تحمّل الشهادة فرض على الكفاية كأدائها، وإلا لضاعت الحقوق، وعلى هذا الكاتب، إلا أنه يجوز أخذ الأُجرة على الكتابة دون الشهادة فيمن تعين لأدائها بإجماع الفقهاء[٢]، وكذا فيمن لم يتعين عندنا، وبه قال الشافعي[٣] في قول، وفي قول لعدم تعيّنه عليه.

ويستحب الإشهاد في العقود، إلا في النكاح فإنه يجب، وفي الرجعة عند الشافعي[٤] وأحمد[٥]، وقد بيناه في الرجعة، ثم أداء الشهادة إنما يجب إذا كان الشاهد قريبًا إلى مجلس القضاء، فإن كان بعيدًا؛ إن كان بحال لو حضر مجلس الحكم وشهد يمكنه الرجوع إلى أهله في يومه ـ يجب الحضور عليه؛ لأنه لا ضرر عليه في الحضور، وإن كان لا يمكنه الرجوع إلى أهله في يومه ـ لا يجب عليه الحضور، ولو كان الشاهد شيخًا كبيرًا أو ضعيفًا لا يقدر على المشي، فيكلف المشهود له بدابةٍ يركبها فلا بأس به، فإن هذا من إكرام الشهود.

وعن أبي سليمان الجوزجاني: لو أخرج الشهود إلى ضيعة اشتراها،

(١) أخرجه البخاري (١/ ٢٠ رقم ٥٢)، ومسلم (٣/ ١٢١٩ رقم ١٥٩٩) من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما.
(٢) انظر: المغني (١٠/ ١٣٩).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٥٦)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/ ٢٢٦).
(٤) انظر: الأم (٧/ ٨٨، ٨٩)، الحاوي الكبير (١٠/ ٣١٩).
(٥) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٧٠)، كشاف القناع على متن الإقناع (٥/ ٣٩).

(وَالشَّهَادَةُ فِي الحُدُودِ يُخَيَّرُ فِيهَا الشَّاهِدُ بَيْنَ السَّتْرِ وَالإِظْهَارِ) لِأَنَّهُ بَيْنَ حِسْبَتَيْنِ

واستأجر دواب لهم فركبوا وذهبوا لم تقبل شهادتهم، وفيه نظر بأن العادة جرت بإعطاء الدابة للشاهد، خصوصًا إذا لم يكن له دابة، ولو امتنع من أدائها؛ فإن كان في الصّك غيره ممن تقبل شهادتهم يسعه أن يمتنع، ولو لم يكن في الصك جماعة ممن تقبل شهادتهم، أو كانوا لكن ممن لا يظهر الحق بشهادتهم، أو كان يظهر لكن شهادته أسرع قبولًا ـ لا يسعه الامتناع؛ لأنه عسى يضيع حق المشهود له.

وقال أبو بكر: ولو علم أن القاضي لا يقبل شهادته نرجو أن يسعه الامتناع.

وقال شيخ الإسلام: لو أخر الشهادة بعد الطلب بلا عذر ظاهر، ثم أدى ـ لا تقبل شهادته؛ لأنه لما ترك الأداء مع إمكان الأداء، فقد احتمل أنه ترك لعذر بأن نسي أو كان له شغل مانع، واحتمل أنه ترك لأنه أراد الأجر على الأداء، فيمكن في شهادته نوع تهمة، والتهمة مانعة عن القبول. الكل من الذخيرة[(١)].

قوله: (لأنه) أي: الشاهد **(بين حسبتين)** والحسبة ما ينتظر به الأجر في الآخرة، وفي الصحاح[(٢)]: احتسب بكذا أجرًا عند الله، والاسم الحِسْبة، بالكسر، وهي الأجر، والجمع: الحِسَب، وفلان مُحتسِب البلد، ولا يقال مُحسِب.

فإن قيل: [٢/ ٢٠٠/أ] هذا الذي ذكره معارض لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ﴾ [البقرة:٢٨٣] وتقييد المطلق لا يجوز بخبر الواحد.

قلنا: لأنه محمول على الشهادة في حقوق العباد بدليل سياق الآية، وهي آية المداينة، وبالإجماع[(٣)]، وبالنص، وهو قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلْفَٰحِشَةُ﴾ إلى قوله: ﴿لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِى ٱلدُّنْيَا﴾ [النور:١٩].

والمعنى أن الستر والكتمان إنما يحرم لخوف فوت حق المدعي المحتاج إلى إحياء حقه من الأموال وغيرها، فأما الحدود حقوق الله تعالى، والله تعالى

---

(١) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٢٩٢، ٢٩٣).
(٢) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (١/ ١١٠).
(٣) انظر: المحلى (١٢/ ٤٤).

إِقَامَةِ الحَدِّ وَالتَّوَقِّي عَنْ الهَتْكِ (وَالسَّتْرُ أَفْضَلُ) لِقَوْلِهِ ﷺ لِلَّذِي شَهِدَ عِنْدَهُ: «لَوْ سَتَرْته بِثَوْبِك لَكَانَ خَيْرًا لَك» وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ سَتَرَ عَلَى مُسْلِمٍ سَتَرَ اللَّهُ عَلَيْهِ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ» وَفِيمَا نُقِلَ مِن تَلْقِينِ الدَّرْءِ عَنْ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَأَصْحَابِهِ ﷺ دَلَالَةٌ ظَاهِرَةٌ عَلَى أَفْضَلِيَّةِ السَّتْرِ (إِلَّا أَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَشْهَدَ بِالمَالِ فِي السَّرِقَةِ فَيَقُولُ: أَخَذَ) إِحْيَاءً لِحَقِّ المَسْرُوقِ مِنهُ (وَلَا يَقُولُ: سَرَقَ) مُحَافَظَةً عَلَى السَّتْرِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ ظَهَرَتْ السَّرِقَةُ لَوَجَبَ القَطْعُ، وَالضَّمَانُ لَا يُجَامِعُ القَطْعَ فَلَا يَحْصُلُ إِحْيَاءُ حَقِّهِ.

(وَالشَّهَادَةُ عَلَى مَرَاتِبَ: مِنهَا الشَّهَادَةُ فِي الزِّنَا، يُعْتَبَرُ فِيهَا أَرْبَعَةٌ مِن الرِّجَالِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَٱلَّـٰتِى يَأْتِينَ ٱلْفَـٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ فَٱسْتَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾ [النساء: ١٥] وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النور: ٤] (وَلَا تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ) لِحَدِيثِ الزُّهْرِيِّ ﷺ: مَضَتْ السُّنَّةُ مِن لَدُنْ رَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَالخَلِيفَتَيْنِ مِن بَعْدِهِ أَنْ لَا شَهَادَةَ لِلنِّسَاءِ فِي الحُدُودِ وَالقِصَاصِ، ....

موصوف بالغنى والكرم، وليس فيه خوف فوت حقه، فجاز لذلك أن يختار الشاهد جانب الستر(١).

قوله: (ولا تقبل شهادة النساء فيها) أي: في فاحشة الزنا، وعن عطاء وحماد بن سليمان أنه تقبل، حتى لو شهد ثلاثة رجال في الزنا وامرأتان يقبل؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟﴾ [الطلاق: ٢] الآية ، وما ذكرتم من النصوص فيها بيان جواز العمل بهذا العدد، وليس فيها نفي الجواز بدون وصف الذكورة.

قلنا: فإذا قبلت شهادة النساء مع ثلاثة رجال لم يبق لقوله: ﴿أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾ فائدة، كذا قيل، والأولى التمسك بحديث الزهري، فإنه قال: «**مَضَتْ السّنة مِنْ لدُن رسُول اللهِ ﷺ والخليفتين**» إلى آخره، وإنما خص الخليفتين أبا بكر وعمر بالذكر؛ لأن تمهيد قواعد الشرع وإظهار طرق الأحكام كان أكثر في خلافتهما(٢).

---

(١) انظر: فتح القدير (٧/ ٣٦٨)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧/ ٥٩).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (١٦/ ١١٣، ١١٤)، فتح القدير (٧/ ٣٦٩، ٣٧٠).

وَلِأَنَّ فِيهَا شُبْهَةَ البَدَلِيَّةِ لِقِيَامِهَا مَقَامَ شَهَادَةِ الرِّجَالِ فَلَا تُقْبَلُ فِيمَا يَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ (وَمِنهَا الشَّهَادَةُ بِبَقِيَّةِ الحُدُودِ وَالقِصَاصِ، تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] (وَلَا تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ) ....

قوله: **(ولأن فيها)** أي: في شهادة النساء **(شبهة البدلية)** أي: من حيث الصورة، قال: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة:٢٨٢] وليس ببدل حقيقة، حتى يجوز العمل بشهادة النساء مع الرجال مع القدرة على استشهاد الرجلين، وحقيقة البدليّة غير محتملة في الحدود، حتى لا تقبل الشهادة على الشهادة فيها، فكذلك شبهة البدليّة اعتبارًا للشُّبهة بالحقيقة؛ لأن الشبهة فيما يسقط بالشبهات كالحقيقة، وحكي عن مالك[١] أنه لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا عند عدم الرجلين؛ نظرًا إلى ظاهر الآية، فحينئذ في شهادتهن حقيقة البدليّة.

قوله: **(ببقية الحدود)** كحد الشرب والسرقة **(تقبل فيها)** أي: بقية الحدود والقصاص **(شهادة رجلين)** لقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ﴾ إلى قوله: ﴿مِّن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة:٢٨٢].

وعن الحسن البصري: لا يقبل في القتل إلا أربعة كالزنا، وعن عطاء: تقبل فيها شهادة النساء، كما ذكرنا.

وقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ وارد في المداينات، فلا يكون حُجّة في الحدود والقصاص.

قلنا: فيه شيئان: اشتراط عدد الاثنين، فلما اختص باب الزنا بأربع من الرجال كما ذكرنا لا يلحق به غيره في حق العدد بالقياس؛ لأن القياس لا يجري في المقادير والأعداد، ولا في الحدود، ولا مساواة في الزنا وغيره من الكبائر؛ لأن الزنا موجب للعقوبة به، بخلاف سائر الكبائر، مع أن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب، حتى إن الآية جعلت حجة في غير المداينات من الحقوق، سَوَاء كان مالًا أو غير مال، فكذا في الحدود، وثبت اشتراط الذكورة بحديث الزهري والإجماع كما ذكرنا[٢].

---

(١) انظر: المونة (٢/ ٩٤)، (٤/ ٩)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ٢٤٨).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (١٦/ ١١٤، ١١٥)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٠٥، ١٠٦).

لِمَا ذَكَرْنَا.

قَالَ: (وَمَا سِوَى ذَلِكَ مِن الحُقُوقِ يُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ سَوَاءٌ كَانَ الحَقُّ مَالًا أَوْ غَيْرَ مَالٍ) مِثْلُ النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَالعَتَاقِ وَالعِدَّةِ وَالحَوَالَةِ وَالوَقْفِ وَالصُّلْحِ وَالوَكَالَةِ وَالوَصِيَّةِ وَالهِبَةِ وَالإِقْرَارِ وَالإِبْرَاءِ وَالوَلَدِ وَالوِلَادِ وَالنَّسَبِ وَنَحْوِ ذَلِكَ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﵀: لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ إِلَّا فِي الأَمْوَالِ وَتَوَابِعِهَا، لِأَنَّ الأَصْلَ فِيهَا عَدَمُ القَبُولِ لِنُقْصَانِ العَقْلِ وَاخْتِلَالِ الضَّبْطِ وَقُصُورِ الوِلَايَةِ، فَإِنَّهَا لَا تَصْلُحُ لِلْإِمَارَةِ، وَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ فِي الحُدُودِ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الأَرْبَعِ مِنهُنَّ وَحْدَهُنَّ، إِلَّا أَنَّهَا قُبِلَتْ فِي الأَمْوَالِ ضَرُورَةً، وَالنِّكَاحُ أَعْظَمُ خَطَرًا وَأَقَلُّ وُقُوعًا فَلَا يَلْحَقُ بِمَا هُوَ أَدْنَى خَطَرًا وَأَكْثَرُ وُجُودًا.

وقوله: (لما ذكرنا) إشارة إلى حديث الزهري، وما ذكره من شبهة البدلية.

قوله: (والوصية) أي: الوصاية؛ لأنه في تعداد المال.

قوله: (ونحو ذلك) كالعتاق والرجعة والنسب.

(وتوابعها) كالإعارة والإجارة والكفالة والأجل وشرط الخيار، ذكره في مبسوط شيخ الإسلام، وبقول الشافعي[(١)] قال مالك[(٢)]، وأحمد[(٣)] في رواية، وقال أحمد في رواية كقولنا.

وقوله: (إلا أنها) استثناء من قوله: (لأن الأصل فيها) أي: شهادة النساء (عدم القبول) إلا أنها (قُبِلت في الأموال ضرورة) كثرةِ وقوع أسبابها؛ لأنه يلحقهم الجرح بإشهاد رجلين في كل حادثة، ولا ضرورة في النكاح وتوابعه؛ لأنه أقل وقوعًا وأعظم خطرًا، ولهذا قال تعالى في الرجعة: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق:٢] والرجعة كالنكاح وتوابعه، فيلحق غيرها بها.لنا ما رُوِيَ أن عمر وعليًّا أجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة، ولأنها حُجّة أصلية لا

---

(١) انظر: الأم (٧/ ٥٠)، الحاوي الكبير (١٧/ ٨).
(٢) انظر: المدونة (٤/ ٩)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ٢٤٨).
(٣) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٨٢، ٢٨٣)، المغني (١٠/ ١٣١).

وَلَنَا: أَنَّ الأَصْلَ فِيهَا القَبُولُ لِوُجُودِ مَا يُبْتَنَى عَلَيْهِ أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ، وَهُوَ المُشَاهَدَةُ وَالضَّبْطُ وَالأَدَاءُ، إِذْ بِالأَوَّلِ: يَحْصُلُ العِلْمُ لِلشَّاهِدِ، وَبِالثَّانِي: يَبْقَى، وَبِالثَّالِثِ: يَحْصُلُ العِلْمُ لِلْقَاضِي، وَلِهَذَا يُقْبَلُ إِخْبَارُهَا فِي الأَخْبَارِ، وَنُقْصَانُ الضَّبْطِ بِزِيَادَةِ النِّسْيَانِ انْجَبَرَ بِضَمِّ الأُخْرَى إِلَيْهَا، ....

ضروريّة **(لوجود ما تُبْتَنَى عليه أهلية الشهادة، وهو الْمُشَاهَدَةُ)** [٢/ ٢٠٠/ ب]، وفي بعض النسخ: **(وهي المشاهدة)** أي: المعاينة، وبها يحصل العلم للشاهد **(والضبط)** وهو حسن السماع والفهم والحفظ إلى وقت الأداء **(وبه يبقى)** أي: العلم **(والأداء)** وبه يحصل العلم للقاضي.

وفي النهاية: في لفظ الكتاب نوع خلل فإنه فسر أهلية الشهادة بهذه الأشياء الثلاثة، وبهذه الأشياء الثلاثة لا تثبت؛ لأنها تكون في العبد والكافر والصبي مع أنهم ليس بأهل للشهادة، بل الأهلية لها تثبت بالحرية والإسلام والبلوغ، وهذه أسباب للتحمل، إلا إذا جعلت هذه الأشياء تفسيرًا للاسم الموصول المبهم في قوله: **(لوجود ما تُبْتَنَى)** فحينئذ يجب أن نقول: (وهو المشاهدة) إلى آخره، لكن النسخة المصححة بتصحيح شيخي كانت **(وهي)**.

والصحيح ما ذكر في الأسرار أن الإنسان إنما يصير شاهدًا بالولاية، والولاية مبنية على الحرية والإرث، والنساء في هذه مثل الرجال، والقبول يبتنى على العدالة وانتفاء التهمة بالكذب، والنساء مثل الرجال في العدالة، وبهذا تقبل رواية الحديث منها[١].

قوله: (ونقصان الضبط) إلى آخره: جواب عما قال الشافعي: (أن الأصل عدم القبول لنقصان) إلى آخره، فقال: ذلك النقصان بضم الأخرى إليها[٢].

فإن قيل: هذا الجواب منقوض بشهادتهن في النكاح، فإن اشتراط الشهادة ليس لخوف النسيان؛ بل المقصود فيه حضور الشاهد، ولا يتصور النقصان في

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٠٦، ١٠٧)، فتح القدير (٧/ ٣٧٠، ٣٧١).
(٢) هكذا في الأصول الخطية، وتقدم في المتن: (وَنُقْصَانُ الضَّبْطِ بِزِيَادَةِ النِّسْيَانِ انْجَبَرَ بِضَمِّ الأُخْرَى إِلَيْهَا).

فَلَمْ يَبْقَ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَّا الشُّبْهَةُ، فَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ فِيمَا يَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ، وَهَذِهِ الحُقُوقُ تَثْبُتُ مَعَ الشُّبُهَاتِ وَعَدَمُ قَبُولِ الأَرْبَعِ عَلَى خِلَافِ القِيَاسِ كَيْ لَا يَكْثُرَ خُرُوجُهُنَّ.

قَالَ: (وَيُقْبَلُ فِي الوِلَادَةِ وَالبَكَارَةِ وَالعُيُوبِ بِالنِّسَاءِ فِي مَوْضِعٍ لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ شَهَادَةُ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «شَهَادَةُ النِّسَاءِ جَائِزَةٌ فِيمَا لَا يَسْتَطِيعُ الرِّجَالُ النَّظَرَ إِلَيْهِ» وَالجَمْعُ المُحَلَّى بِالأَلِفِ وَاللَّامِ يُرَادُ بِهِ الجِنْسُ فَيَتَنَاوَلُ الأَقَلَّ.

الحضور بعد الحضور، فينبغي أن ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأة واحدة عندنا.

قلنا: ذكر هذه الشبهة في المبسوط[١] ثم قال: ولكنا نقول: ثبت بالنص أن المرأتين شاهد واحد، وكانت الواحدة نصف الشاهد، وبنصف الشاهد لا يثبت شيء، ولهذا لو شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا لم تضمن المرأة شيئًا، بخلاف ما لو شهد رجلان وامرأتان، أو ثلاثة رجال.

قوله: (لم يبق بعد ذلك إلا الشبهة) أي: شبهة البدلية؛ لأن بقاء سببها، وهو الأنوثة، يورث شبهة فلا تقبل فيما يسقط بالشبهات، وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات، ألا ترى أن النكاح والطلاق والعتاق يثبت مع الهزل الذي لا يثبت به المال! فَلَأَنْ يثبت بما ثبت به المال أولى، وكذا يثبت النكاح مع الإكراه لا المال، وكذا الوكالة والوصية، والأموال يجري فيها كتاب القاضي إلى القاضي، والشهادة على الشهادة، فكذا ثبت بشهادة النساء، وإن كان فيها شبهة البدلية[٢].

قوله: (وعدم قبول الأربع) إلى آخره: جواب عن استدلال الشافعي[٣]: (ولهذا لا تقبل شهادة الأربع منهن) وقال: القياس قبول شهادة الأربع منهن؛ لما أن الشرع أقام امرأتين مقام رجل، فالأربع مقام رجلين، إلا أنها لا تقبل على خلاف القياس؛ لما فيه من زيادة كشفهن وكثرة خروجهن.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٥/ ٣٣).
(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٧٢)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٠٨).
(٣) انظر: الأم (٧/ ٨٩)، الحاوي الكبير (١٧/ ٨).

وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ فِي اشْتِرَاطِ الأَرْبَعِ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا سَقَطَتِ الذُّكُورَةُ

قوله: (وهو) أي: قوله ﷺ **(حجّة على الشافعي**[١] **في اشتراط الأربع)** من النساء، وهو قول عطاء[٢] هو يقول: إن المرأتين قامتا مقام رجل واحد، والحجة شهادة رجلين لا رجل واحد، وعلى مالك[٣] في اشتراط الاثنين، وبه قال النووي[٤]، هما يقولان: لما سقط اعتبار الذكور للعدد بقي العدد معتبرًا.

وقلنا: لما دخلت اللامُ الجمعَ جعلنا للجنس إذا لم يكن ثَم معهود، والكل ليس بمراد قطعًا، فيراد به الأقل ضرورة؛ لبطلان العدد بواسطة الجنسية، والمسألة مستقصاة في الأصول.

يؤيده أن حذيفة راوي الحديث قال: إنه ﷺ **«أجاز شهادة القابلة على الولادة»**[٥] قال: **«شهادة النساء جائزة»** الحديث[٦]، وبقولنا قال أحمد[٧] والحسن البصري[٨].

وقلنا: أُسقِطَت صفة الذكورة ليخف النظر؛ إذ النظر إلى العورة حرام، إلا أنا اعتبرنا بنظر جنسها؛ لأن نظر المرأة إلى عورة المرأة أخف؛ إذ شهوتهن إليهن أقل من نظر الرجل إلى عورتها، فيسقط اعتبار العدد أيضًا؛ لأن نظر الواحدة أخف من نظر الجماعة أيضًا، إلا أن المثنى والثلاث أحوط لزيادة طمأنينة القلب.

فإن قيل: إذا كان نظر المرأة أخفّ بما ذكرتم فكيف المثنى والثلاث أحوط، ولهذا لا يكون نظر الرجل أحوط مع كمال عقله؟

---

(١) انظر: الأم (٧/ ٩٢)، الحاوي الكبير (١٧/ ٢١).
(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٧)، المغني (١٠/ ١٣٠).
(٣) انظر: المدونة (٤/ ٢٢)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ٢٤٨).
(٤) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢١)، المغني (١٠/ ١٣٧).
(٥) أخرجه الدارقطني (٥/ ٤١٦ رقم ٤٥٥٦)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ١٥١ رقم ٢١٠٤٧).
(٦) أخرجه الدارقطني (٥/ ٤١٧ رقم ٤٥٥٨)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ١٥١ رقم ٢١٠٤٩) من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه بلفظ: «شهادة القابلة جائزة على الاستهلال».
قال البيهقي: هذا لا يصح، جابر الجعفي متروك، وعبد الله بن نجي فيه نظر.
(٧) انظر: المغني (١٠/ ١٣٧)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ٩٧).
(٨) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢١)، المغني (١٠/ ١٣٧).

لِيَخِفَّ النَّظَرُ، لِأَنَّ نَظَرَ الجِنْسِ إِلَى الجِنْسِ أَخَفُّ، فَكَذَا يَسْقُطُ اعْتِبَارُ العَدَدِ إِلَّا أَنَّ المُثَنَّى وَالثَّلَاثَ أَحْوَطُ لِمَا فِيهِ مِن مَعْنَى الإِلْزَامِ (ثُمَّ حُكْمُهَا فِي الوِلَادَةِ شَرَحْنَاهُ فِي الطَّلَاقِ) وَأَمَّا حُكْمُ البَكَارَةِ: فَإِنْ شَهِدْنَ أَنَّهَا بِكْرٌ يُؤَجَّلُ فِي العِنِّينِ سَنَةً وَيُفَرَّقُ بَعْدَهَا، لِأَنَّهَا تَأَيَّدَتْ بِمُؤَيِّدٍ إِذْ البَكَارَةُ أَصْلٌ، وَكَذَا فِي رَدِّ المَبِيعَةِ إِذَا اشْتَرَاهَا بِشَرْطِ البَكَارَةِ، فَإِنْ قُلْنَ إِنَّهَا ثَيِّبٌ يَحْلِفُ البَائِعُ لِيَنْضَمَّ نُكُولُهُ إِلَى قَوْلِهِنَّ، وَالعَيْبُ يَثْبُتُ بِقَوْلِهِنَّ فَيَحْلِفُ البَائِعُ، ....

قلنا: لما أخذ هذا شبهًا بالشهادة بمعنى الإلزام، وبالإخبار من حيث سقوط صفة الذكورة وفرنا حظه [٢/ ٢٠١/أ] على الشبهين، فقلنا: بشبهة الإخبار تسقط صفة الذكورة، وبشبهة الإلزام قلنا: العدد فيه أحوط؛ لزيادة طمأنينة القلب، وينبغي أن يكون العدد شرطًا كما قال مالك، إلا أن في اشتراط العدد لا يخف النظر، فقلنا باستحبابه لا بإلزامه، كذا قيل[١].

قوله: (ثم حكمها) أي: حكم شهادة امرأة واحدة **(شرحناه في الطلاق)** في باب ثبوت النسب من كتاب الطلاق.

وفي المبسوط[٢]: لو شهد بالولادة رجل بأن قال: فاجأتها فاتفق نظري إليها ـ تقبل إذا كان عدلًا، ولو قال: تعمدت النظر لا تُقبل، وبه قال بعض أصحاب الشافعي[٣]، وقال بعض مشايخنا: إن قال: تعمدت النظر تُقبل أيضًا، وبه قال بعض أصحاب الشافعي[٤].

قوله: (فإن قلن إنها ثيب) وفي المبسوط[٥]: فإن قلن: إنها بكر فلا يمين على البائع؛ لتأييد شهادتهن بالأصل، وهو البكارة، ومقتضى البيع، وهو اللزوم، وإن قلن: هي ثيب يُستحلَف البائع؛ لتجرد شهادتهن عن مؤيد، فإذا انضم نكول البائع إلى شهادتهن ردت عليه.

قوله: (والعيب يثبت بقولهن) أي: في حق سماع الدعوى وحق التحليف،

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٧٣)، البناية شرح الهداية (٩/ ١١٠).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٤٤).
(٣) انظر: الأم (٧/ ٥١)، الحاوي الكبير (١٧/ ٢٠).
(٤) انظر: الأم (٧/ ٥١)، الحاوي الكبير (١٧/ ٢٠).
(٥) المبسوط للسرخسي (١٠/ ١٥٦، ١٥٧).

وَأَمَّا شَهَادَتُهُنَّ عَلَى اسْتِهْلَالِ الصَّبِيِّ لَا تُقْبَلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ فِي حَقِّ الإِرْثِ، لِأَنَّهُ مِمَّا يَطْلُعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ إِلَّا فِي حَقِّ الصَّلَاةِ، لِأَنَّهَا مِن أُمُورِ الدِّينِ. وَعِنْدَهُمَا: تُقْبَلُ فِي حَقِّ الإِرْثِ(*) أَيْضًا، لِأَنَّهُ صَوْتٌ عِنْدَ الوِلَادَةِ وَلَا يَحْضُرُهَا الرِّجَالُ عَادَةً فَصَارَ كَشَهَادَتِهِنَّ عَلَى نَفْسِ الوِلَادَةِ، قَالَ: (وَلَا بُدَّ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ مِن العَدَالَةِ وَلَفْظَةِ الشَّهَادَةِ، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ الشَّاهِدُ لَفْظَةَ الشَّهَادَةِ وَقَالَ: أَعْلَمُ أَوْ أَتَيَقَّنُ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ)

حتى إنهن لو لم يقلن إنها ثيب ليس للمشتري ولاية تحليف البائع؛ بل القول للبائع؛ لتمسكه بالأصل، وهو البكارة، فيحلف البائع إنها لبكر كما يقول إن كان قبل القبض، وإن كان بعد القبض يحلف بالله لقد سلّمتها وهي بكر[1].

قوله: (وأما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند أبي حنيفة) وبه قال الشافعي[2] في قول؛ لأن الاستهلال صوت مسموع، والرجال والنساء فيه سواء، فكان مما يطلع عليه، وإن لم يحضر الرجال فشهادتّهن كشهادتهن على جراحات النساء في الحمامات وإن لم يحضر الرجال، بخلاف الولادة، فإنها انفصال الولد من الأم، فلا يطلع عليه الرجال.

(إلا في حق الصلاة) أي: تقبل في حق الصلاة؛ لأنه من أمور الدين، وخبر المرأة الواحدة حجة في ذلك، كشهادتها على هلال رمضان.

وعندنا: تقبل في حق الإرث [أيضًا، وبه][3] قال الشافعي[4] ومالك[5] وأحمد[6]؛ لأن الرجال لا يحضرون في ذلك الموضع ليسمعوا صوته، فصارت كشهادتهن على الولادة.

قوله: (ولا بد في ذلك كله من لفظة الشهادة والعدالة)، ولا خلاف فيه للفقهاء.

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١١١)، فتح القدير (٧/ ٣٧٤).

(٢) انظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي (٣/ ٤٥٤)، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣/ ١٢٠٠).

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٤) انظر: الحاوي الكبير (١٢/ ٤٠١)، المهذب في فقه الإمام الشافعي (٣/ ٤٥٤).

(٥) انظر: المدونة (٤/ ٢٥)، الذخيرة (١٠/ ٢٤٧).

(٦) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٣٨٣، ٤٨٤)، المغني (١٠/ ١٣٧).

أَمَّا العَدَالَةُ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وَلِأَنَّ العَدَالَةَ هِيَ المُعِينَةُ لِلصِّدْقِ، لِأَنَّ مَنْ يَتَعَاطَى غَيْرَ الكَذِبِ قَدْ يَتَعَاطَاهُ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: أَنَّ الفَاسِقَ إِذَا كَانَ وَجِيهًا فِي النَّاسِ ذَا مُرُوءَةٍ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ(*)، لِأَنَّهُ لَا يُسْتَأْجَرُ لِوَجَاهَتِهِ وَيَمْتَنِعُ عَنْ الكَذِبِ لِمُرُوءَتِهِ، وَالأَوَّلُ أَصَحُّ، إِلَّا أَنَّ القَاضِيَ لَوْ قَضَى بِشَهَادَةِ الفَاسِقِ يَصِحُّ عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لَا يَصِحُّ،

وفي المبسوط[(١)]: العدالة: الاستقامة، لا نهاية لكمالها، وإنما يعتبر فيها القدر الممكن، وهو انزجاره عما يعتقده حرامًا في دينه.

وفي الذخيرة[(٢)]: وأحسن ما قيل في تفسيرها ما نقل عن أبي يوسف، وهو أن يكون مجتنبًا عن الكبائر، ولا يكون مصرًّا على الصغائر، ويكون صلاحه أكبر من فساده، وصوابه أكثر من خطئه، ويجيء تفسير الكبيرة إن شاء الله تعالى.

قال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [البقرة:٢٨٢] والمرضيُّ هو العدل لا الفاسق، والتعاطي: التناول.

قوله: (والأول أصح) وهو عدم قبول شهادة الفاسق مطلقًا، سواء كان ذا وجاهة أو لا؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق:١] وقوله: ﴿إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ﴾ [الحجرات:٦]، ولأن قبول الشهادة والعمل لها إكرام الشاهد، قال عليه السلام: «**أَكْرِمُوا الشُّهودَ**» الحديث[(٣)]، وفي حق الفاسق أمرنا بخلاف ذلك، قال عليه السلام: «**إِذَا لقِيتَ الفَاسِقَ فالْقَهُ بِوَجْهٍ مُكْفَهِرٍّ**»، أي: شديد العبوسة، ولا مروءة لمن يكون معلنًا بالفسق شرعًا. كذا في المبسوط[(٤)].

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١١٣).

(٢) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣١١).

(٣) أخرجه العقيلي في الضعفاء (١/ ٦٤)، وقوام السنة في الترغيب والترهيب (١/ ١٦١ رقم ١٩٩)، وابن الجوزي في العلل المتناهية (٢/ ٢٧٥ رقم ١٢٦٧) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
قال العقيلي: حديث غير محفوظ، ولا أصل له، وضعفه ابن الجوزي، وضعفه أيضًا ابن الملقن في البدر المنير (٩/ ٦١٩).

(٤) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٣٠).

وَالمَسْأَلَةُ مَعْرُوفَةٌ. وَأَمَّا لَفْظَةُ الشَّهَادَةِ: فَلِأَنَّ النُّصُوصَ نَطَقَتْ بِاشْتِرَاطِهَا، إِذْ الأَمْرُ فِيهَا بِهَذِهِ اللَّفْظَةِ، وَلِأَنَّ فِيهَا زِيَادَةَ تَوْحِيدٍ، فَإِنَّ قَوْلَهُ: «أَشْهَدُ» مِن أَلْفَاظِ اليَمِينِ، كَقَوْلِهِ أَشْهَدُ بِاللَّهِ، فَكَانَ الِامْتِنَاعُ عَنْ الكَذِبِ بِهَذِهِ اللَّفْظَةِ أَشَدَّ.

وَقَوْلُهُ: «فِي ذَلِكَ كُلِّهِ» إِشَارَةٌ إِلَى جَمِيعِ مَا تَقَدَّمَ، حَتَّى يُشْتَرَطَ العَدَالَةُ، وَلَفْظَةُ الشَّهَادَةِ فِي شَهَادَةِ النِّسَاءِ فِي الوِلَادَةِ وَغَيْرِهَا، هُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ لِمَا فِيهِ مِن

قوله: (فلأن النصوص نطقت باشتراطها) والمراد من نطق النصوص ورودها بلفظة الشهادة والإشهاد، قال تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق:٢] ﴿وَأَشْهِدُوٓا۟ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة:٢٨٢] ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟﴾ الآية.

وقال ﷺ: «**إِذَا رَأَيْتَ مِثْلَ الشَّمسِ فَاشْهَدْ**»[١] لا أن يكون اشتراطها صحيحًا بهذه اللفظة، وإليه أشار **بقوله: (إذ الأمر فيها)** أي: في النصوص **(بهذه اللفظة)** يعني جواز الحكم بالشهادة، بخلاف القياس؛ لما أن قول الشاهدين يحتمل الكذب، وإنما ثبت بالنص، والنصوص وَرَدَتْ بقبولهما بهذه اللفظة، فيقتصر على مورد النص، ولا يقال: جاء الأمر بالتكبير بلفظ التكبير، قال تعالى: ﴿وَرَبَّكَ فَكَبِّرْ ۝٣﴾ [المدثر:٣]، ومع ذلك أجاز أبو حنيفة ومحمد تبديله بلفظ آخر، مثل: الله أجلّ وأعظم؛ لأنا نقول: إن التكبير للتعظيم، وفي قوله: [٢/٢٠١/ب] أجلّ وأعظم صريحُ التعظيم، فكان مثله من كل وجه؛ بل أزيَد، فيُلحِق به دلالة، أما الشهادة فتبنى عن المشاهدة والعيان، ولهذا تذكر للقسم، فكانت له زيادة وِكادةٍ في الإخبار على قوله: أتيقن أو أعلم، فلا يمكن إلحاقهما بلفظة الشهادة[٢].

وقوله: (هو الصحيح) احتراز عن قول العراقيين، فإنهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة.

قال التمرتاشي: قال في شرح بكر: قال مشايخ بخارى وبلخ: تشترط لفظة

---

(١) أخرجه الحاكم (٤/ ١١٠، رقم ٧٠٤٥)، والعقيلي في الضعفاء الكبير (٤/ ٦٩)، وابن عدي في الكامل في الضعفاء (٦/ ٢٠٧)، والبيهقي في شعب الإيمان (٧/ ٤٥٥، رقم ١٠٩٧٤) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
وصححه الحاكم، وضعفه العقيلي، وابن عدي.

(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١١٣)، فتح اقدير (٧/ ٣٧٦).

مَعْنَى الإِلْزَامِ حَتَّى اخْتَصَّ بِمَجْلِسِ الْقَضَاءِ، وَلِهَذَا يُشْتَرَطُ فِيهِ الحُرِّيَّةُ وَالإِسْلَامُ (قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَقْتَصِرُ الحَاكِمُ عَلَى ظَاهِرِ العَدَالَةِ فِي المُسْلِمِ، وَلَا يَسْأَلُ عَنْ حَالِ الشُّهُودِ حَتَّى يَطْعَنَ الخَصْمُ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «المُسْلِمُونَ عُدُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ، إِلَّا مَحْدُودًا فِي قَذْفٍ» وَمِثْلُ ذَلِكَ مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ ﷺ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ هُوَ الِانْزِجَارُ عَمَّا هُوَ مُحَرَّمٌ دِينُهُ، وَبِالظَّاهِرِ كِفَايَةٌ إِذْ لَا وُصُولَ إِلَى القَطْعِ.

الشهادة، وقال مشايخ العراق: لا تُشترط، لأنه خبر لا شهادة، كما في شهادة هلال رمضان، واتفقوا على اشتراط الحرية والعقل والبلوغ والإسلام، وجه الصحيح أن النص ورد بلفظ الشهادة، قال ﷺ: «**شَهَادَةُ [النِّسَاءِ]**[(١)] **الحَد**»، ولأن فيها معنى الإلزام[(٢)].

قوله: (يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة)، فإن قيل: الظاهر يكفي للدفع ولا يكفي للاستحقاق، وهاهنا يثبت استحقاق المُدّعِي للمُدّعَى به بظاهر العدالة.

قلنا في جوابه: الظاهر هاهنا مقام الدليل القطعي؛ لما أنه لا إمكان للوصول إلى الدليل القطعي إلا بالظاهر؛ لأن العدالة تحتاج إلى تزكية المزكي بحسب الظاهر؛ إذ لو لم يعمل بقول المزكي لاحتاج إلى مزكٍّ آخر، ويرد ذلك في قوله أيضًا، وكذا في الثالث والرابع فيؤدي إلى التسلسل.

وقولهم: الظاهر لا يكفي للاستحقاق لا [يجري][(٣)] على إطلاقه؛ بل يكفي إذا لم ينازعه آخر، فإن ظاهر اليد يصلح حجة لاستحقاق الشفعة إذا لم ينازعه المشتري، ولا منازعة قبل الطعن، فصلُح حجة، وبعد الطعن يوجب الترجيح بالسؤال[(٤)].

وقوله: (إلا محدودًا) استثناء من قوله: (يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة)، يعني لا يقتصر في الحدود والقصاص على ظاهر العدالة؛ لأن مبناهما على الدرء، فيحتال بزيادة سؤال عن المزكي[(٥)].

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣٠٩)، البناية شرح الهداية (٩/ ١١٣، ١١٤).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٧٧)، البناية شرح الهداية (٩/ ١١٥).
(٥) انظر: فتح القدير (٧/ ٣٧٨)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧/ ٦٣).

(إِلَّا فِي الحُدُودِ وَالقِصَاصِ، فَإِنَّهُ يَسْأَلُ عَنْ الشُّهُودِ) لِأَنَّهُ يَحْتَالُ لِإِسْقَاطِهَا فَيُشْتَرَطُ الِاسْتِقْصَاءُ فِيهَا، وَلِأَنَّ الشُّبْهَةَ فِيهَا دَارِئَةٌ، وَإِنْ طَعَنَ الخَصْمُ فِيهِمْ سَأَلَ عَنْهُمْ، لِأَنَّهُ تَقَابَلَ الظَّاهِرَانِ فَيَسْأَلُ طَلَبًا لِلتَّرْجِيحِ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: لَا بُدَّ أَنْ يَسْأَلَ عَنْهُمْ فِي السِّرِّ وَالعَلَانِيَةِ فِي سَائِرِ الحُقُوقِ)(*) لِأَنَّ القَضَاءَ مَبْنَاهُ عَلَى الحُجَّةِ، وَهِيَ شَهَادَةُ العُدُولِ فَيَتَعَرَّفُ عَنْ العَدَالَةِ، وَفِيهِ صَوْنُ قَضَائِهِ عَنْ البُطْلَانِ.

وَقِيلَ: هَذَا اخْتِلَافُ عَصْرٍ وَزَمَانٍ، وَالفَتْوَى عَلَى قَوْلِهِمَا فِي هَذَا الزَّمَانِ.

قوله: (وإن طعن الخصم فيهم) أي: في غير الحدود والقصّاص؛ إذ فيهما لا يتوقف السؤال على الطعن بالاتفاق[١].

قوله: (تقابل الظاهران) يعني كما أن الظاهر أن الشهود لا يكذبون، فكذا الظاهر أن الخصم لا يكذب في طعنه، فيحتاج القاضي إلى الترجيح، وعندهما لا بد أن يسأل، طعن الخصم أو لم يطعن في جميع الدعاوى، وبه قال الشافعي[٢] وأحمد[٣]، وقال مالك[٤]: من كان مشهورًا بالعدالة لم يسأل عنه، ومن عرف جرحه رد شهادته، وإنما يجب عليه السؤال مهما شك وإن سكت الخصم، إلا أن يقر بعدالتهما.

(لأن القضاء بِنْيَتُهُ)، وفي بعض النسخ: (مبنية) **(على الحجة، وهي شهادة العدول)** بالنص **(فيتعرف)** أي: القاضي **(عن العدالة، وفيه)** أي: في تعرفه **(صون قضائه عن البطلان)** أي: على تقدير ظهور الشهود عبيدًا أو كفارًا يبطل القضاء، أما الظاهر يَصلُحُ للدفع لا للاستحقاق، وحاجتنا هاهنا إلى إلزام الحكم، وذا لا يكون إلا بحجة ملزمة[٥].

قوله: (وقيل: هذا اختلاف عصر) فإن أبا حنيفة أفتى في القرن الثالث

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٧٨)، البناية شرح الهداية (٩/ ١١٥).

(٢) انظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ١٦٧)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٤/ ٣١٢).

(٣) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٢٩، ٢٣٠)، المغني (١٠/ ٥٧).

(٤) انظر: المدونة (٤/ ١٣)، الذخيرة (١٠/ ٢٠١).

(٥) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١١٥، ١١٦)، فتح القدير (٧/ ٣٧٨).

قَالَ: (ثُمَّ التَّزْكِيَةُ فِي السِّرِّ أَنْ يَبْعَثَ المَسْتُورَةَ إِلَى المُعَدِّلِ فِيهَا النَّسَبُ وَالحِلي وَالمُصَلَّى وَيَرُدُّهَا المُعَدِّلُ) كُلُّ ذَلِكَ فِي السِّرِّ كَيْ لَا يَظْهَرَ فَيُخْدَعَ أَوْ يُقْصَدَ (وَفِي العَلَانِيَةِ لَا بُدَّ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ المُعَدِّلِ وَالشَّاهِدِ) لِتَنْتَفِي شُبْهَةُ تَعْدِيلِ غَيْرِهِ، وَقَدْ كَانَتْ

الذي شهد لهم النبي ﷺ: «**خَيرُ القُرونِ القَرنُ الذي أنَا فِيهِمْ**» الحديث[(١)]، وهما أفتيا في القرن الرابع الذي شهد النبي ﷺ بفشو الكذب فيهم.

وقيل: هذا اختلاف حجة وبرهان كما ذكر في المتن، فالجهة فيهما[(٢)].

قوله: (أن يبعث المستورة) أي: الرقعة التي يكتب فيها القاضي أسماء الشهود وحليتهم، ويبعثها سرًّا بيد أمينه إلى المزكي.

وفي المغرب[(٣)] حلية الإنسان: صفته، والجمع: حلي، بالكسر والضم، وقيل: بكسر الحاء أفصح.

قيل: أراد بالمصلى: المحلة، والظاهر أن المراد مسجد المحلة.

وفي المحيط[(٤)] وفتاوى قاضي خان[(٥)]: وينبغي للقاضي أن يختار للمسألة عن الشهود من هو أوثق الناس وأورعهم، وأعظمهم وأكبرهم أمانة وخبرة، وأعلمهم بالتمييز فطنة، فيوليه المسألة، ثم يكتب في رقعة أسماء الشهود جملة بأنسابهم وحلاهم وقبائلهم ومحالهم ومصلاهم، ويبعث تلك الرقعة على يد أمين مختومة إليه، ولا يُطلِع أحدًا على ما في يد أمينه حتى لا ينخدع بالرشوة، ولو كان المزكي بعيدًا فجُعْل الأمين على المدعي، وثمن الصحيفة التي يكتب فيها أساميهم عليه أيضًا، ثم المزكي يسأل عنهم من أهل اليقين من جيرانهم [٢/ ٢٠٢/أ] ومحلتهم، فإن لم يجد فمن أهل سوقهم، فإذا قال المسئول عنه: هو عدل - يكتب المزكي في آخر الرقعة: إنه عدل مرضي عندي جائز الشهادة، وإلا يكتب: إنه [غير][(٦)] عدل غير مرضي.

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١٧١ رقم ٢٦٥٢)، ومسلم (٤/ ١٩٦٢ رقم ٢٥٣٣) من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١١٦)، فتح القدير (٧/ ٣٧٨، ٣٧٩).

(٣) المغرب في ترتيب المعرب (١/ ١٢٧).

(٤) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٩٥- ٩٩).

(٥) فتاوى قاضي خان (٢/ ٤٤١).

(٦) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الْعَلَانِيَةُ وَحْدَهَا فِي الصَّدْرِ الأَوَّلِ، وَوَقَعَ الِاكْتِفَاءُ بِالسِّرِّ فِي زَمَانِنَا تَحَرُّزًا عَنْ الفِتْنَةِ.

وفي فتاوى قاضي خان[١]: من عُرف فسقه لا يكتب ذلك تحت اسمه؛ بل يسكت احترازًا عن هتك السِّتر، أو يقول: الله يعلم، إلا إذا خاف أن القاضي يقضي بشهادته بتعديل غيره، فحينئذ يصرّح بذلك، ومن لم يعرفه لا بالعدالة ولا بالفسق يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي: مستور، ثم يبعث تلك الرقعة إلى القاضي سرًّا، ثم القاضي إن شاء جمع بين تزكية السر وبين تزكية العلانية.

وفي الذخيرة[٢]: وينبغي أن يكون المُزكي صاحب خبرة، ولا يكون منزويًا لا يخالط الناس؛ لأنه إذا لم يخالط لا يعرف العدل من غير العدل، وينبغي ألا يكون طماعًا ولا فقيرًا حتى لا ينخدع بالمال، فإذا لم يجد المُزكي أهل مسجده أو محلته أو سوقه يسأل أهل مجلسه، فإن وجد كلهم غير ثقات يعتبر في ذلك تواتر الأخبار، ولو لم يعرف الشهود بالعدالة، فأخبره رجلان عدلان عن السبب وسعه أن يشهد على السبب.

وعن ابن سماعة عن أبي حنيفة: يجوز في تزكية السر المرأة والعبد والمحدود في القذف؛ إذا كانوا عدولًا، ولا يجوز في تزكية العلانية إلا من تجوز شهادته؛ لأن تزكية السر من الإخبار بأمر ديني، وهو قول هؤلاء في الأمور الدينية إذا كانوا عدولًا مقبول، كما في روايتهم الأخبار، وشهادتهم بهلال رمضان، أما العلانية نظير الشهادة من حيث إن القضاء لا يجب إلا بها كالشهادة، فيشترط فيها ما يشترط في الشهادة سوى لفظة الشهادة، حتى لا تجوز تزكية الوالد لولده، وعلى العكس، وفي السر جائز[٣].

قوله: (وحدها في الصدر الأول) أي: الصحابة؛ لأن القوم كانوا صلحاء، والمعدل كان لا يتوقى عن الجرح؛ لأنهم كانوا لا يعاملونه بالأذى لو جرحهم، وفي زماننا تركت تزكية العلانية؛ لأنها فتنة وبلاء؛ إذ الشهود يقاتلون الجارح بالإيذاء[٤]. كذا في الفوائد الظهيرية.

---

(١) فتاوى قاضي خان (٢/ ٤٤١).
(٢) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٩٦- ٩٨).
(٣) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٩٨)، البناية شرح الهداية (٩/ ١١٧).
(٤) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٧٩، ٣٨٠)، البناية شرح الهداية (٩/ ١١٨).

وَيُرْوَى عَنْ مُحَمَّدٍ ﷺ: تَزْكِيَةُ العَلَانِيَةِ بَلَاءٌ وَفِتْنَةٌ. ثُمَّ قِيلَ: لَا بُدَّ أَنْ يَقُولَ المُعَدِّلُ: هُوَ عَدْلٌ جَائِزُ الشَّهَادَةِ، لِأَنَّ العَبْدَ قَدْ يُعَدَّلُ، وَقِيلَ: يَكْتَفِي بِقَوْلِهِ: هُوَ عَدْلٌ، لِأَنَّ الحُرِّيَّةَ ثَابِتَةٌ بِالدَّارِ وَهَذَا أَصَحُّ.

قَالَ: (وَفِي قَوْلِ مَنْ رَأَى أَنْ يَسْأَلَ عَنْ الشُّهُودِ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُ الخَصْمِ: إِنَّهُ عَدْلٌ) مَعْنَاهُ: قَوْلُ المُدَّعَى عَلَيْهِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: أَنَّهُ يَجُوزُ تَزْكِيَتُهُ، لَكِنْ عِنْدَ مُحَمَّدٍ يَضُمُّ تَزْكِيَةَ الآخَرِ إِلَى تَزْكِيَتِهِ[*]، لِأَنَّ العَدَدَ عِنْدَهُ شَرْطٌ.

قوله: (وهذا أصح)، وبه قال أصحاب الشافعي[١] وأحمد[٢]، وقال مالك[٣]: لا بد من ذكر العدالة والرضا، بأن يقول عدل مرضي، ولا يقتصر على أحد الوصفين، ذكره في الجواهر[٤]؛ لأن في زماننا كل من نشأ في دار الإسلام كان الظاهر من حاله الحرية، ولهذا لا يسأل القاضي عن إسلامه وحريته، وإنما يسأل عن عدالته. كذا في جامع قاضي خان[٥].

قوله: (قال: وفي قول من رأى) أي: قال أبو حنيفة، في قول من رأى **(أن يسأل عن الشهود)** وهو قولهما والأئمة الثلاثة[٦]، فقد ذكر قاضي خان[٧] في جامعه بعد ذكر اختلافهم في التّزكية: ثم فرّع أبو حنيفة على قول من يرى السؤال عن الشهود، وكان هذا نظير مسألة الزراعة.

قوله: (وعن أبي يوسف ومحمدٍ: أنه يجوز تزكيته) إلى آخره، وبه قال الشافعي[٨] في قول، وفي قول لا يجوز كظاهر الرواية.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ١٩٥)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/ ٤٨٦).

(٢) انظر: المغني (١٠/ ٦٠)، الشرح الكبير على متن المقنع (١١/ ٤٤٣).

(٣) انظر: الذخيرة (١٠/ ٢٠٤)، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل (٦/ ١١٦).

(٤) انظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٢٣).

(٥) انظر: فتاوى قاضي خان (٢/ ٤٤٤- ٤٤٦).

(٦) انظر: المدونة (٤/ ١٣)، الذخيرة (١٠/ ٢٠١)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ١٦٧)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٤/ ٣١٢)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٣١)، المغني (١٠/ ٥٧).

(٧) فتاوى قاضي خان (١٢/ ٤٤١، ٤٤٢).

(٨) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ١٨٢)، حلية العلماء في معرفة مذهب الفقهاء (٣/ ١١٦٤).

وَوَجْهُ الظَّاهِرِ: أَنَّ فِي زَعْمِ الْمُدَّعِي وَشُهُودِهِ أَنَّ الْخَصْمَ كَاذِبٌ فِي إِنْكَارِهِ، مُبْطَلٌ فِي إِصْرَارِهِ، فَلَا يَصْلُحُ مُعَدِّلًا، وَمَوْضُوعُ الْمَسْأَلَةِ: إِذَا قَالَ هُمْ عُدُولٌ إِلَّا أَنَّهُمْ أَخْطَؤُوا أَوْ نَسُوا، أَمَّا إِذَا قَالَ: صَدَقُوا أَوْ هُمْ عُدُولٌ صَدَقَةٌ فَقَدْ اعْتَرَفَ بِالْحَقِّ.

(وَإِذَا كَانَ رَسُولُ الْقَاضِي الَّذِي يَسْأَلُ عَنْ الشُّهُودِ وَاحِدًا جَازَ، وَالِاثْنَانِ أَفْضَلُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷫: لَا يَجُوزُ إِلَّا اثْنَانِ[*]، وَالْمُرَادُ مِنْهُ الْمُزَكِّي، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ: رَسُولُ الْقَاضِي إِلَى الْمُزَكِّي، وَالْمُتَرْجِمُ عَنْ الشَّاهِدِ، لَهُ: أَنَّ التَّزْكِيَةَ فِي مَعْنَى الشَّهَادَةِ، لِأَنَّ وِلَايَةَ الْقَضَاءِ تَنْبَنِي عَلَى ظُهُورِ الْعَدَالَةِ، وَهُوَ بِالتَّزْكِيَةِ، فَيُشْتَرَطُ فِيهِ الْعَدَدُ كَمَا تُشْتَرَطُ الْعَدَالَةُ فِيهِ، ....

وفي جامع قاضي خان[1] هذا إذا كان المدعى عليه يَصْلُح مزكيًا، فإن كان فاسقًا أو مستورًا، أو سكت عن جواب المُدّعِي ولم يجحد، فلما شهدوا قال: هم عدول ـ لا يصح هذا التعديل؛ لأن العدالة في المزكي شرط عند الكل، ولم يوجد، وعن محمد أن القاضي يسأل عن المدعى عليه: شهدوا عليك بحق أو بغير حق؟ فإن قال: بحق فهو إقرار، وإن قال: بغير حق ـ لا يقضي بينهم.

قوله: (والمراد منه) أي: من رسول القاضي الذي يسأل عن الشهود **(المزكي)** وهو المرسل إليه، فكان قوله: **(الذي يسأل عن الشهود)** صفة الرسول وتفسيره، والذي يسأل عنه عن الشهود، وهو المزكي، وعلى هذا الخلاف إلى آخره، يعني يكفي الواحد للتزكية والرسالة والترجمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وبه قال مالك[2] وأحمد[3] في رواية، وعند محمد لا بد من الاثنين، وبه قال الشافعي[4] وأحمد[5].

(*) الراجح: قول الشيخين.
(١) فتاوى قاضي خان (٢/ ٤٤٢).
(٢) انظر: الذخيرة (١٠/ ٦٢)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٦/ ١١٦).
(٣) انظر: المغني (١٠/ ٨٨)، الشرح الكبير على متن المقنع (١١/ ٤٥٣).
(٤) انظر: الأم (٦/ ٢٢٠)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/ ٤٩٠).
(٥) انظر: المغني (١٠/ ٨٨)، الشرح الكبير على متن المقنع (١١/ ٤٥٣).

وَتُشْتَرَطُ الذُّكُورَةُ فِي الْمُزَكِّي وَالحُدُودِ وَالقِصَاصِ.

وَلَهُمَا: أَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى الشَّهَادَةِ، وَلِهَذَا لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ لَفْظَةُ الشَّهَادَةِ وَمَجْلِسُ القَضَاءِ، وَاشْتِرَاطُ العَدَدِ أَمْرٌ حُكْمِيٌّ فِي الشَّهَادَةِ فَلَا يَتَعَدَّاهَا (وَلَا يُشْتَرَطُ أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ فِي الْمُزَكِّي فِي تَزْكِيَةِ السِّرِّ) حَتَّى صَلُحَ العَبْدُ مُزَكِّيًا، فَأَمَّا فِي تَزْكِيَةِ العَلَانِيَةِ فَهُوَ شَرْطٌ، وَكَذَا العَدَدُ بِالإِجْمَاعِ عَلَى مَا قَالَهُ الخَصَّافُ رَحِمَهُ اللَّهُ لِاخْتِصَاصِهَا بِمَجْلِسِ القَضَاءِ. قَالُوا: يُشْتَرَطُ الأَرْبَعَةُ فِي تَزْكِيَةِ شُهُودِ الزِّنَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ.

قوله: **(وتشترط الذكورة في المزكي والحدود)** بإجماع الأئمة الأربعة، وتشترط أيضًا عند الأئمة الثلاثة[1] فيما لا يُثبت بشهادة النساء، وعلى هذا الخلاف الجرح، فعندهما يثبت بواحد، وبه قال مالك[2]، وعند محمد لا بد من [٢/ ٢٠٢/ ب] اثنين، وبه قال الشافعي[3] وأحمد[4].

قوله: **(أمر حكمي)** أي: تعبدي لا تدركه العقول.

وفي المبسوط[5]: اشتراط العدد في الشاهد يثبت بالنص بخلاف القياس، ففي القياس يكفي شهادة الواحد العدل؛ لأن خبره موجب العمل لا علم اليقين، وكما لا يثبت علم اليقين بخبر الواحد لا يثبت بخبر العدد ما لم يبلغ حد التواتر، إلا أن اشتراط العدد ثبت بالنص، بخلاف القياس.

(فلا يتعداها) أي: فلا يتعدى اشتراط العدد من الشهادة إلى التزكية.

قوله: **(قالوا)** أي: المشايخ **(يشترط الأربعة في شهادة الزنا عند محمد)** من الذكور في المزكّين. ذكره في الذخيرة[6].

---

(١) انظر: المدونة (٤/ ٢٤)، عقد الجواهر الثمينة (٣/ ١٠٢٢)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/ ٤٩٠)، المغني (١٠/ ٥٨).
(٢) انظر: المدونة (٤/ ٥٧).
(٣) انظر: الأم (٦/ ٢٢١)، الحاوي الكبير (١٦/ ١٨٧).
(٤) انظر: المغني (١٠/ ٦٠)، الشرح الكبير على متن المقنع (١١/ ٤٤٢).
(٥) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١١٩).
(٦) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣٠٨).

فَصْلٌ: [في بَيَانِ أَحْكَام تَتَعَلَّقُ بأدَاءِ الشَّهَادَةِ وبِأنَّ الشَاهِدَ كيفَ يَشْهَدُ عندَ القَاضِي]

(وَمَا يَتَحَمَّلُهُ الشَّاهِدُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: أَحَدُهُمَا: مَا يَثْبُتُ حُكْمُهُ بِنَفْسِهِ، مِثْلُ البَيْعِ وَالإِقْرَارِ وَالغَصْبِ وَالقَتْلِ وَحُكْمِ الحَاكِمِ، فَإِذَا سَمِعَ ذَلِكَ الشَّاهِدُ أَوْ رَآهُ وَسِعَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ عَلِمَ مَا هُوَ المُوجِبُ بِنَفْسِهِ، وَهُوَ الرُّكْنُ فِي إِطْلَاقِ الأَدَاءِ.

قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف: ٨٦] وَقَالَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِذَا عَلِمْت مِثْلَ الشَّمْسِ فَاشْهَدْ وَإِلَّا فَدَعْ» قَالَ: (وَيَقُولُ: أَشْهَدُ أَنَّهُ بَاعَ، وَلَا يَقُولُ: أَشْهَدَنِي) لِأَنَّهُ كَذِبٌ، (وَلَوْ سَمِعَ مِن وَرَاءِ الحِجَابِ لَا يَجُوزُ لَهُ

فَصْلٌ: [في بَيَانِ أَحْكَام تَتَعَلَّقُ بأدَاءِ الشَّهَادَةِ وبِأنَّ الشَاهِدَ كيفَ يَشْهَدُ عندَ القَاضِي]

في هذا الفصل بيان أحكام تتعلق بأداء الشهادة بأن الشاهد: كيف يشهد عند القاضي؟

قوله: (ما يثبت حكمه بنفسه) أي: لا يحتاج إلى الإشهاد، فيجوز للشاهد أن يشهد بلا إشهاد، بخلاف الشهادة على الشهادة.

قوله: (فإذا سمع ذلك) أي: ما ثبت بنفسه من الأفعال **(أو رآه)** أي: من الأفعال.

قوله: (وهو الركن) أي: علم ما هو الموجب بنفسه هو الركن في تجوز الأداء، جعل العلم رُكنًا مع أنه شرط فيه، قال تعالى: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف:٨٦] جعل كونهم عالمين حالًا للشهود، والأحوال شروط، وكذلك في الحديث: «**إِذَا عَلِمْت مِثْلَ الشَّمْسِ**» وإنما جعله هكذا لزيادة تأثيره في صحة أداء الشهادة[١].

قوله: (ويقول: أشهد ابتاع)[٢]، وفي الذخيرة[٣]: هذا في البيع الصريح،

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٨٣)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٢٢).
(٢) كذا في الأصول الخطية، وتقدم في المتن: (أشهد أنه باع).
(٣) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣٢٩).

أَنْ يَشْهَدَ، وَلَوْ فَسَّرَ لِلْقَاضِي لَا يَقْبَلُهُ) لِأَنَّ النَّغْمَةَ تُشْبِهُ النَّغْمَةَ فَلَمْ يَحْصُلْ العِلْمُ (إِلَّا إِذَا كَانَ دَخَلَ البَيْتَ وَعَلِمَ أَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ أَحَدٌ سِوَاهُ ثُمَّ جَلَسَ عَلَى البَابِ وَلَيْسَ فِي البَيْتِ مَسْلَكٌ غَيْرُهُ فَسَمِعَ إِقْرَارَ الدَّاخِلِ وَلَا يَرَاهُ، لَهُ أَنْ يَشْهَدَ) لِأَنَّهُ حَصَلَ العِلْمُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ.

(وَمِنْهُ: مَا لَا يَثْبُتُ الحُكْمُ فِيهِ بِنَفْسِهِ: مِثْلُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، فَإِذَا سَمِعَ شَاهِدًا يَشْهَدُ بِشَيْءٍ، لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ إِلَّا أَنْ يُشْهِدَ عَلَيْهَا) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ غَيْرُ مُوجِبَةٍ بِنَفْسِهَا، وَإِنَّمَا تَصِيرُ مُوجِبَةً بِالنَّقْلِ إِلَى مَجْلِسِ القَضَاءِ، فَلَا بُدَّ

أما في البيع على سبيل التعاطي يشهدون على الأخذ والإعطاء؛ لأن التعاطي بَيْع حكمي، وقيل: لو شهدوا على البيع يجوز.

(ولو فسره للقاضي) بأن يقول: أشهد بالسماع من وراء الحجاب.

النغمة: الكلام الخفي، من حد ضرب، يقال: فلانٌ حَسَن النَّغمة: إذا كان حسن الصوت في القراءة، وكان ابن مقاتل لا يجوز الشهادة بالسماع من وراء الحجاب مطلقًا.

وقال أبو الليث: إذا رأى شخصها حال إقرارها يجوز، وإلا لا، شرط رؤية شخصها لا رؤية وجهها. كذا في الذخيرة[(١)].

قوله: (ولم يوجد) أي: الإبانة والتحميل، فلا يصح؛ لأن شاهد الفرع لا علم له بالحق، ولكن ينقل شهادة غيره عند محمد بطريق التوكيل، حتى لو رجع الأصول دون الفروع وجب الضمان على الأصول، ولو رجعوا جميعًا يخيرون عند أبي حنيفة وإن لم يكن بطريق التوكيل، حتى لو أشهد واحدًا على شهادته، ثم منعه عن الأداء ـ لا يصح منعه، وكان لشاهد الفرع[(٢)] أن يشهد على شهادته، ولو رجع الأصول لا يجب الضمان عليهم في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، إلا أن شهادة الأصول إنما تصير حجة بالنقل إلى مجلس القاضي، فلا يجوز لغيره أن يجعل كلامه حجة إلا بأمره[(٣)].

---

(١) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٢٩٢).
(٢) في الأصل: (النوع) والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٨٥)، فتح القدير (٧/ ٣٨٦).

مِنَ الإِنَابَةِ وَالتَّحْمِيلِ وَلَمْ يُوجَدْ (وَكَذَا لَوْ سَمِعَهُ يُشْهِدُ الشَّاهِدَ عَلَى شَهَادَتِهِ: لَمْ يَسَعْ لِلسَّامِعِ أَنْ يَشْهَدَ) لِأَنَّهُ مَا حَمَلَهُ وَإِنَّمَا حَمَلَ غَيْرَهُ.

(وَلَا يَحِلُّ لِلشَّاهِدِ إِذَا رَأَى خَطَّهُ أَنْ يَشْهَدَ إِلَّا أَنْ يَتَذَكَّرَ الشَّهَادَةَ) لِأَنَّ الخَطَّ يُشْبِهُ الخَطَّ فَلَمْ يَحْصُلْ العِلْمُ. قِيلَ: هَذَا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ.

وَعِنْدَهُمَا: يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ(*). وَقِيلَ: هَذَا بِالِاتِّفَاقِ، ....

قوله: (لم يسع للسامع أن يشهد) على شهادته؛ لعدم أمره، بخلاف ما لو سمع قاضيًا يُشهد قومًا على قضائه كان للسامع أن يشهد على قضائه بغير أمره؛ لأن قضاء القاضي حجة مُلزمة، ومن عاين حجة حل له الإشهاد بها، كما لو عاين الإقرار أو البيع، أما الشهادة في غير مجلس القضاء غير ملزمة. كذا قاله قاضي خان.

وفي هذا التعليل إشارة إلى أنه إذا سمع في مجلس القاضي ينبغي أن يجوز، ويجيء هذا البحث في باب الشهادة على الشهادة مع اختلافاته[1].

قوله: (وقيل هذا) إشارة إلى أول المسألة، وهو قوله: **(ولا يحل للشاهد).**

(بالاتفاق)، وفي أدب القاضي من المبسوط[2] هاهنا ثلاثة فصول:

أحدها: القاضي إذا وجد في ديوانه صحيفة فيها شهادة، ولم يتذكر أنهم شهدوا بذلك ولا حكمه، فعلى قول أبي حنيفة: لا يحكم بدون التذكر، وبه قال الشافعي[3] وأحمد في رواية، وعند أبي يوسف ومحمد: إذا وجد ذلك في قِمَطْرَة[4] تحت خاتمه يجوز أن يقضي به، وبه قال مالك[5] وأحمد[6] في رواية؛ إذ القاضي لكثرة أشغاله يعجز عن حفظ كل حادثة، ولهذا يكتب، وإنما

(*) **الراجح**: قول الصاحبين.

(١) انظر: باب الشهادة على الشهادة (ص: ٣٨١).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٦/ ٩٢).

(٣) انظر: الأم (٦/ ٢٣٢)، الحاوي الكبير (١٦/ ٢٠٦).

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي (١٦/ ٩٠).

(٥) انظر: الذخيرة (١٠/ ١٥٧)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٩٣).

(٦) انظر: المغني (١٠/ ٦٧)، الشرح الكبير على متن المقنع (١١/ ٤٦٢).

....

يحصل المقصود بالكتابة إذا جاز له الاعتماد على الكتاب عند النسيان؛ إذ ليس في وسع الآدمي التحرز عن النسيان، فما كان في قمطرة تحت خاتمه فالظاهر أنه حق، والقاضي مأمور باتباع الظاهر، ومذهب [٢/٢٠٣/أ] أبي حنيفة هو العزيمة؛ لأن الكتابة للتذكّر؛ إذ الكتاب للقلب كالمرآة للعين، وإنما تعتبر المرآة لإدراك العين، فإذا لم يتذكر كان وجوده كعدمه، وهذا لأن الكتاب يُزوَّر ويُفتعَل، والخط يشبه الخط، والخاتم يشبه الخاتم، فلم يحصل العلم مع احتمال التزوير.

والثاني: الشاهد يجد شهادته في صك، وعلم أنه خطه وهو مَعروف، ولم يتذكر الحادثة.

والثالث: إذا سمع حديثًا، فوجده مكتوبًا بخطه، ووجد سماعه مكتوبًا بخط غيره لا تحل له الرواية عند أبي حنيفة بدون التذكر، ولهذا قلت روايته، فمحمد أخذ في الفصول الثلاثة بالرُّخصة تيسيرا، وقال: يعتمد خطه إذا كان معروفًا.

وأبو يوسف في مسألة القضاء والرواية أخذ بالرخصة؛ لأن المكتوب كان في يده، وفي مسألة الشهادة أخذ بالعزيمة؛ لأن الصك في الشهادة في يد الخصم، فلا يأمن الشاهد التغيير، فلا يعتمد خطه.

ولو وجد القاضي في خريطته سجلًا ولم يتذكر الحادثة فهو على الخلاف الذي بيناه.

ولو نسي قضاءه ولم يكن سجلًا، فشهدا على حُكمه لم يمضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي(١)، وعند محمد وأحمد(٢) وابن أبي ليلى يقضي به ويمضيه.

وعلى هذا لو سمع من غيره حديثًا ثم نسي الأصل الرواية، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يعمل به، وعند محمد يعمل به، وعلى هذه المسائل التي اختلفَ

(١) انظر: الأم (٦/ ٢٣٢)، الحاوي الكبير (١٦/ ٢٠٩).
(٢) انظر: المغني (١٠/ ٦٨)، الشرح الكبير على متن المقنع (١١/ ٤٦٢).

وَإِنَّمَا الخِلَافُ فِيمَا إِذَا وَجَدَ القَاضِي شَهَادَتَهُ فِي دِيوَانِهِ أَوْ قَضِيَّتَهُ، لِأَنَّ مَا يَكُونُ فِي قِمْطَرِهِ فَهُوَ تَحْتَ خَتْمِهِ يُؤْمَنُ عَلَيْهِ مِن الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ، فَحَصَلَ لَهُ العِلْمُ بِذَلِكَ، وَلَا كَذَلِكَ الشَّهَادَةُ فِي الصَّكِّ، لِأَنَّهُ فِي يَدِ غَيْرِهِ، وَعَلَى هَذَا: إِذَا تَذَكَّرَ المَجْلِسَ الَّذِي كَانَ فِيهِ الشَّهَادَةُ أَوْ أَخْبَرَهُ قَوْمٌ مِمَّنْ يَثِقُ بِهِ أَنَّا شَهِدْنَا نَحْنُ وَأَنْتَ.

قَالَ: (وَلَا يَجُوزُ لِلشَّاهِدِ أَنْ يَشْهَدَ بِشَيْءٍ لَمْ يُعَايِنْهُ، إِلَّا النَّسَبَ وَالمَوْتَ وَالنِّكَاحَ وَالدُّخُولَ وَوِلَايَةَ القَاضِي، فَإِنَّهُ يَسَعُهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهَذِهِ الأَشْيَاءِ إِذَا أَخْبَرَهُ بِهَا مَنْ يَثِقُ بِهِ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَالقِيَاسُ: أَنْ لَا تَجُوزَ، لِأَنَّ الشَّهَادَةَ مُشْتَقَّةٌ مِن المُشَاهَدَةِ ....

فيها أبو يوسف ومحمد في الرواية في الجامع الصغير، وهي ثلاث سمعها محمد عن أبي يوسف ثم نسي أبو يوسف الرواية، وكان لا يعتمد على رواية محمد، ومحمد لا يدع الرواية.

قوله: (أو قضيته) أي: وجد حكمه مكتوبًا في خريطته، والقمطر: الخريطة، وإنما خصّ دليلهما **بقوله: (لأن ما)** إلى آخره؛ لأنه ذكر أوّلًا دليل أبي حنيفة بقوله: (لأن الخط يشبه الخط).

وقوله: **(على [هذا]**[1]) إشارة إلى المذكور قبله، وهو القولان المذكوران، قيد بقوله: (قيل: هذا قول أبي حنيفة، وقيل: بالاتفاق).

قوله: (لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة) فالمعنى من الاشتقاق انتظام الصيغتَيْن معنًى واحدًا بعد اشتراكهما في الحروف الأصول، وهو موجود هاهنا[2].

ثم في الشهادة بالاستفاضة في النِّكاح والنَّسب والموت وولاية القضاء اختلاف؛ فعندنا يجوز، وبه قال أحمد[3] والشافعي[4] في قول، ومالك[5] في

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٣٨٧، ٣٨٨)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٢٥).
(٣) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٨٤)، المغني (١٠/ ١٤١).
(٤) الحاوي الكبير (١٧/ ٣٨، ٣٩)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/ ٦٠٨).
(٥) انظر: الذخيرة (١٠/ ١٦٣)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٥٠).

وَذَلِكَ بِالعِلْمِ وَلَمْ يَحْصُلْ فَصَارَ كَالبَيْعِ.

رواية إن كان في غاية الشهرة، وقال بعض أصحاب الشافعي[١]: لا يجوز في النكاح، وبه قال مالك[٢] في رواية.

قوله: (فصار كالبيع) يعني إذا سمع من ثقة أن فلانًا باع، ولم يشاهد بيعه ـ لا يسع للسامع الشهادة، كذا هاهنا؛ لأن الشهادة لا تجوز إلا بعلم، قال تعالى: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف:٨٦] والعلم يستفاد بالمعاينة أو بالخبر المتواتر، فأما التسامع لا يفيد العلم، فلا يجوز العمل به، قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ﴾ [الإسراء:٣٦].

وجه الاستحسان تعامل الناس في ذلك، ألا ترى أنا نشهد أن عمرَ ابنُ الخطاب، وأن عليًّا ابنُ أبي طالب، ونشهد أن فاطمة زوجة عليٍّ، وأن عائشةَ بنتُ أبي بكر، وأن شريحًا كان قاضيًا، ونشهد أنهم قد ماتوا، ولم ندرك شيئًا من ذلك!

ثم هذه الأسباب يقترن بها ما يشتهر، فإن النسب يشتهر بالتهنئة، والموت بالتعزية، والنكاح بالشهود والوليمة، والقضاء بقراءة المنشور، فنزّلت الشهرة فيها منزلة العيان، بخلاف الأموال وغيرها.

ألا ترى أن سبب النسب الولادة، ولا يحضرها إلا القابلة، وسبب القضاء تقليد السلطان، ولا يعاين ذلك إلا الخواص، فلو لم تجز الشهادة عليها بالتَّسَامُع أدى إلى الحرج؛ لأنه يتعلق بها أحكام تبقى على مرّ الدهور، فلو لم تجز الشهادة بالتسامع لأدى إلى الحرج أو تعطيل تلك الأحكام، بخلاف البيوع وغيرها، فإنه كلام يسمعه كل أحد، وسبب الملك هو اليد، وهو مما يعاينه كل أحد، ولهذا قلنا في الصحيح: إن الشهادة على أصل الوقف بالتسامع تجوز، وعلى شرائطه لا تجوز؛ لأن أصل الوقف يشتهر دون شرائطه، فلا بد للشاهد من نوع علم. كذا في المبسوط[٣].

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٣٩)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/ ٦٠٨).
(٢) انظر: الذخيرة (١٠/ ١٦٣)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٥٠).
(٣) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٤٩، ١٥٠).

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ هَذِهِ أُمُورٌ تَخْتَصُّ بِمُعَايَنَةِ أَسْبَابِهَا خَوَّاصٌ مِن النَّاسِ، وَيَتَعَلَّقُ بِهَا أَحْكَامٌ تَبْقَى عَلَى انْقِضَاءِ القُرُونِ، فَلَوْ لَمْ تُقْبَلْ فِيهَا الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ أَدَّى إِلَى الحَرَجِ وَتَعْطِيلِ الأَحْكَامِ، بِخِلَافِ البَيْعِ، لِأَنَّهُ يَسْمَعُهُ كُلُّ أَحَدٍ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ لِلشَّاهِدِ أَنْ يَشْهَدَ بِالِاشْتِهَارِ، وَذَلِكَ بِالتَّوَاتُرِ أَوْ بِإِخْبَارِ مَنْ يَثِقُ بِهِ كَمَا قَالَ فِي الكِتَابِ.

وَيُشْتَرَطُ أَنْ يُخْبِرَهُ رَجُلَانِ عَدْلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ لِيَحْصُلَ لَهُ نَوْعُ عِلْمٍ.

أما الشهادة بالدخول، فقد ذكر الجصاص: تجوز بالتسامع؛ لأن هذا [٢/ ٢٠٣/ب] أمر يشتهر، بخلاف الزنا؛ لأنه فاحشة لا يحتال في إثباتها، وعند الأئمة الثلاثة(١) لا يقبل بالاستفاضة؛ لأنه مما يُعاين كما في الشهادة على الزنا، وقد بيّنا الفرق.

وأما الشهادة على المهر بالشهرة والتسامع، فقد ذكر في نكاح المنتقى: يجوز. ذكره في الذخيرة(٢).

وعند الأئمة الثلاثة(٣) لا يجوز؛ لأنه مما يُعاين.

قوله: (ويشترط أن يخبره رجلان) إلى آخره، وبه قال بعضُ أصحابِ الشافعي(٤) وأحمد(٥)، وقال الماوردي من أصحاب الشافعي(٦): لا تثبت الاستفاضة إلا بعدد يقع العلم بخبرهم، وهو ظاهر كلام أحمد(٧) ومالك(٨).

---

(١) انظر: الذخيرة (١٠/ ١٦٣، ١٦٤)، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك لشهاب الدين المالكي (١/ ١٢٠)، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣/ ٢١٠٣)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/ ٦٠٨)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٨٤)، المغني (١٠/ ١٤٢).

(٢) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٣/ ١٦٢).

(٣) انظر: الذخيرة (١٠/ ١٦٣، ١٦٤)، إرشاد السالك إلى أشرف المساك (١/ ١٢٠)، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣/ ٢١٠٣)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/ ٦٠٨)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٨٤)، المغني (١٠/ ١٤٢).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٣٥)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ٢٦٨).

(٥) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٨٥)، المغني (١٠/ ١٤٢).

(٦) الحاوي الكبير (١٧/ ٣٥).

(٧) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٨٥)، المغني (١٠/ ١٤٢).

(٨) انظر: الذخيرة (١٠/ ١٦٣)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٦/ ١٩٢).

وَقِيلَ: فِي المَوْتِ يَكْتَفِي بِإِخْبَارِ وَاحِدٍ أَوْ وَاحِدَةٍ، لِأَنَّهُ قَلَّمَا يُشَاهِدُ غَيْرُ الوَاحِدِ، إِذْ الإِنْسَانُ يَهَابُهُ وَيَكْرَهُهُ فَيَكُونُ فِي اشْتِرَاطِ العَدَدِ بَعْضُ الحَرَجِ، وَلَا كَذَلِكَ النَّسَبُ وَالنِّكَاحُ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُطْلِقَ أَدَاءَ الشَّهَادَةِ ولا يُفَسِّرَ.

(وفي الموت قيل: يكتفي بإخبار واحد أو واحدة) عندنا، وقالت الأئمة الثلاثة[1]: لا يكتفى، بل يشترط عدلان حتى يحصل بخبرهما نوع علم؛ لأنه أقل نصاب يفيد العلم الذي ينبني عليه الحكم في المعاملات.

وقلنا: نعم كذلك، إلا أن الموت قد يتفق في موضع لا يحضره إلا واحد، وإذا وجد قوم فلا يحضرون غالبًا كما ذكره في المتن، بخلاف الأشياء الثلاثة، وهي النسب والنكاح وولاية القاضي؛ لأن الغالب فيها أن تكون بين الجماعة، [فإن النكاح لا ينعقد إلا بحضور شاهدين، وتقليد القضاء يكون بين الجماعة][2] غالبًا، وكذا الولادة عند أبي يوسف ومحمد، وعند أبي حنيفة لا يحل ما لم يسمع من العامة بحيث يقع في قلبه صدق خبرهم[3].

[ثم][4] فيما يثبت بالشهرة بخبر العدلين يشترط أن يكون الإخبار بلفظ الشهادة، ذكره الخصاف وشيخ الإسلام، وبه أخذ الصدر الشهيد[5]؛ لأن لفظ الشهادة يوجب زيادة علم شرعًا لا يوجبه لفظ الخبر، وفي فصل الموت لما ثبت بخبر الواحد بالإجماع لا يشترط لفظ الشهادة. كذا في الذخيرة[6].

قوله: (وينبغي أن يطلق) أي: يقول: إنه ابنه أو أمير أو قاضٍ، أما إذا فسره لم تقبل شهادته؛ لأنه إذا أطلق يعلم أنه وقع في قلبه صدقه، فتكون الشهادة عن علم، ولا كذلك إذا فسر، ويقول: سمعت هذا.

---

(١) انظر: الذخيرة (١٠/ ١٦٣)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٦/ ١٩٤)، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣/ ١٢٠٢)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ٢٦٧، ٢٦٨)، المغني ()، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ١٢).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣٠٢)، فتح القدير (٧/ ٣٨٩).
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٥) انظر: شرح أدب القاضي (٤/ ٣٨١، ٣٨٢).
(٦) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣٠٢).

أَمَّا إِذَا فَسَّرَ لِلْقَاضِي أَنَّهُ يَشْهَدُ بِالتَّسَامُعِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ، كَمَا أَنَّ مُعَايَنَةَ الْيَدِ فِي الْأَمْلَاكِ تُطْلِقُ الشَّهَادَةَ، ثُمَّ إِذَا فَسَّرَ لَا تُقْبَلُ كَذَا هَذَا.

وَلَوْ رَأَى إِنْسَانًا جَلَسَ مَجْلِسَ الْقَضَاءِ يَدْخُلُ عَلَيْهِ الْخُصُومُ حَلَّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى كَوْنِهِ قَاضِيًا، وَكَذَا إِذَا رَأَى رَجُلًا وَامْرَأَةً يَسْكُنَانِ بَيْتًا وَيَنْبَسِطُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا إِلَى الْآخَرِ انْبِسَاطَ الْأَزْوَاجِ، كَمَا إِذَا رَأَى عَيْنًا فِي يَدِ غَيْرِهِ. وَمَنْ شَهِدَ أَنَّهُ شَهِدَ دَفْنَ فُلَانٍ أَوْ صَلَّى عَلَى جِنَازَتِهِ فَهُوَ مُعَايَنَةٌ، حَتَّى لَوْ فَسَّرَ لِلْقَاضِي قَبْلَهُ. ثُمَّ قَصْرُ الِاسْتِثْنَاءِ فِي الْكِتَابِ عَلَى هَذِهِ الْأَشْيَاءِ الْخَمْسَةِ يَنْفِي اعْتِبَارَ التَّسَامُعِ فِي الْوَلَاءِ وَالْوَقْفِ.

وفي فصول الأُسْتَرَوْشَنِيّ: لو شهدا على النكاح فسألهما: هل كنتما حاضرين؟ فقالا: لا؛ تقبل شهادتهما؛ لأنه يحل لهما الشهادة بالتسامع، وقيل: لا تقبل؛ لأنهما قالا: لم نعاين تبين أنهما شهدا على النكاح والنسب وفسرا، وقالا: سمعنا ذلك من قوم لا يتصور اجتماعهم على الكذب ـ لا يقبل، وقيل: يقبل، وكذا لو قالا: دفناه وشهدنا جنازته تقبل.

وقال صاحب العدة: لوْ قالا: أخبرنا بذلك من نثق به تقبل، وهو الأصح، واختاره الخصاف(١).

ولو شهد واحد بالموت وآخر بالحياة فامرأته تأخذ بقول من يخبر بالموت؛ لأنه يثبت العارض. ذكره رشيد الدين في فتاواه، وذكر فيه: إنما تجُوزُ الشهادة بالتسامع على الموت إذا كان الرجل معروفًا، بأن كان عالمًا أو من العمال، أما إذا كان تاجرًا أو من هو مثله لا يجوز إلا بالـمُعَاينة، وإذا عاين الموت واحد ويشهد عند القاضي لا تقبل، فالحيلة أنه يخبر بذلك عدلًا مثله، فإذا سمع منه حلّ له الشهادة به(٢).

قوله: (على هذه الأشياء) أي: الأشياء الخمسة.

---

(١) انظر: شرح أدب القاضي (٤/ ٣٨٩).

(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٢٨)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧/ ٧٣).

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ آخِرًا أَنَّهُ يَجُوزُ فِي الوَلَاءِ، لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ النَّسَبِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ».

(وعن أبي يوسف أنه يجوز في الولاء) أي: قال آخِرًا، وبه قال بعض أصحاب الشافعي[(١)] وأحمد[(٢)] ومالك[(٣)] في صورة يجوز بالتسامع؛ لأنه ﷺ قال: «**الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ**»[(٤)] وعلى النسب يجوز بالإجماع، فكذا هاهنا، ألا ترى أنا نشهد أن قنبرًا مولى عليٍّ، وعكرمة مولي ابن عباس، ونافعًا مولى ابن عمر، وإن لم ندرك ذلك! ولأن الحُكم المتعلق بالولاء يبقى على ممر الزمان، كالحكم المتعلق بالنسب، فلو لم يجز بالتسامع لبطلت الأحكام المتعلقة بالولاء.

ولأبي حنيفة ومحمد أن الولاء يتعلق بالعتق، وهو قول يسمع كالبيع، وليس كالولادة، فلا حاجة إلى التسامع، ولا يقترن بسبب الولاء ما يشتهر؛ لأن الإنسان يعتق عبده ولا يعلم به غيره، فكان دون البيع؛ لأن البيع لا ينعقد ما لم يعلم به المشتري، والعتق وإن لم يعلم به العبد[(٥)]، بخلاف ما تقدم؛ لأنه يعرف بأسباب تشتهر به من الوجه الذي قررناه. كذا في المبسوط[(٦)].

وفي أدَبِ القاضي للشهيد[(٧)] عن الحلواني أن الخلاف ثابت في العتق أيضًا؛ لأن الشهادة على الولاء شهادة على العتق أيضًا.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٣٨)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/ ٦٠٨).
(٢) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٨٤)، المغني (١٠/ ١٤١).
(٣) انظر: المدونة (٢/ ٥٨١)، الذخيرة (١٠/ ١٦٣).
(٤) أخرجه الشافعي في «الأم» (٢/ ٧٢)، وابن حبان (١١/ ٣٢٦ رقم ٤٩٥٠)، والحاكم (٤/ ٣٤١ رقم ٧٩٩٠) من حديث ابن عمر رضي الله عنه.
قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وقال البيهقي: وهذا اللفظ بهذا الإسناد غير محفوظ. . .، وروي من أوجه أخر ضعيفة، وأصح ما روي فيه حديث هشام بن حسان، عن الحسن قال: قال رسول الله ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب، لا يباع، ولا يوهب»، وهذا مرسل. معرفة السنن (٢٠٤٩٧)، وقال ابن حجر: وقال أبو بكر النيسابوري: هذا خطأ؛ لأن الثقات رووه عن عبد الله بن دينار بغير هذا اللفظ، وهذا اللفظ إنما هو رواية الحسن المرسلة. التلخيص الحبير (٤/ ٥١١).
(٥) كذا في الأصول الخطية، وفي المبسوط: (والعتق نافذ وإن لم يعلم المعتَق بخلاف الطلاق).
(٦) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٥١، ١٥٢).
(٧) انظر: شرح أدب القاضي (٤/ ٣٩٧).

وَعَنْ مُحَمَّدٍ ﵀: أَنَّهُ يَجُوزُ فِي الوَقْفِ، لِأَنَّهُ يَبْقَى عَلَى مَرِّ الأَعْصَارِ، إِلَّا أَنَّا نَقُولُ الوَلَاءُ يُبْتَنَى عَلَى زَوَالِ المِلْكِ وَلَا بُدَّ فِيهِ مِن المُعَايَنَةِ فَكَذَا فِيمَا يُبْتَنَى عَلَيْهِ.

وَأَمَّا الوَقْفُ: فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ فِي أَصْلِهِ دُونَ شَرَائِطِهِ، لِأَنَّ أَصْلَهُ هُوَ الَّذِي يَشْتَهِرُ.

وذكر شمس الأئمة في شرح هَذَا [٢/ ٢٠٤/أ] الكتاب أن الشهادة على العتق بالتسامع لا تُقبل بالاتفاق، وعند الشافعي[١] في قول، وأحمد[٢] ومالك[٣] تُقبل في العتق أيضًا.

ثم الخصاف[٤] شرط لسماع الشهادة بالتسامع على الولاء عند أبي يوسف شرطًا لم يشترط محمد في المبسوط[٥]، فقال: إنما تقبل إذا كان العتق مشهورًا، أو للمعتق أبوان أو ثلاثة في الإسلام.

(**وعن محمد أنه يجوز في الوقف**)، وبه قال أحمد[٦] والإِصْطَخْرِي من أصحاب الشافعي[٧].

(**لأن أصله**) أي: أصل الوقف (**يشتهر**) أما شرائطه التي شرطها الواقف فلا تشتهر.

قال المرغيناني: لا بد من بيان الجهة بأن يشهد بأن هذا وقف على المسجد أو على المقبرة أو ما أشبهه، حتى لو لم يذكر ذلك لا تقبل شهادته، وتأويل قولهم: لا تقبل الشهادة على شرائط الوقف: ألا ينبغي للشاهد بعد ذكر الجهة أن يشهد أنه يبدأ من عليه فيصرف إلى كذا وكذا، ولو قال ذلك في شهادته لا تقبل. كذا في الذخيرة[٨].

وفي المجتبي: والمختار أن تقبل على شرائط الوقف أيضًا.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٣٨)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/ ٦٠٨).
(٢) انظر: المغني (١٠/ ١٤١)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ١٠).
(٣) انظر: الذخيرة (١٠/ ١٦٢)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٦/ ١٩٤).
(٤) انظر: شرح أدب القاضي (٤/ ٣٩٧).
(٥) المبسوط للسرخسي (٧/ ٦٦).
(٦) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٨٤)، المغني (١٠/ ١٤١).
(٧) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٣٨)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ٢٦٧).
(٨) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣٠٤، ٣٠٥).

قَالَ: (وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ شَيْءٌ سِوَى العَبْدِ وَالأَمَةِ، وَسِعَك أَنْ تَشْهَدَ أَنَّهُ لَهُ) لِأَنَّ اليَدَ أَقْصَى مَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى المِلْكِ، إِذْ هِيَ مَرْجِعُ الدَّلَالَةِ فِي الأَسْبَابِ كُلِّهَا فَيَكْتَفِي بِهَا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ يُشْتَرَطُ مَعَ ذَلِكَ أَنْ يَقَعَ فِي قَلْبِهِ أَنَّهُ لَهُ. قَالُوا: وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ هَذَا تَفْسِيرًا لِإِطْلَاقِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الرِّوَايَةِ، فَيَكُونُ

قوله: (ومن كان في يده شيء) إلى آخره، وفي جامع قاضي خان[١]: صورة المسألة: رجل رأى عينًا في يد إنسان، ثم رآها في يد آخر، والأول يدعي الملك ـ وسعه أن يشهد أنه للمُدّعي؛ لأن الملك في الأشياء لا يُعرف بطريق اليقين، وإنما يعرف بطريق الظاهر، واليد بلا منازع دليل الملك ظاهرًا؛ بل لا دليل لمعرفة الملك للشّاهد سوى اليد بلا منازعة؛ لأنه أقصى ما في الباب إن عاين أسباب الملك من البيع والهبة ونحوهما؛ لكن البيع إنما يفيد الملك إذا كان المبيع ملكًا للبائع، وكذا الهبة، وإنما يعرف ذلك باليد بلا منازعة. كذا في جامع البرهاني أيضًا.

قوله: (وعن أبي يوسف أنه يشترط مع ذلك)، وفي الفوائد الظهيرية: أسند هذا القول إلى أبي يوسف ومحمد فقال: وعنهما، ووجهه أن الأصل في الشهادة الإحاطة والتّيقّن؛ لقوله عليه السلام: «**إذَا عَلمتَ مِثلَ الشّمسِ فَاشهد، وإلّا فَدَعْ**»[٢]، وعند إعواز ذلك يصار إلى ما يشهد به القلب، ولهذا قيل: إذا رأى إنسان دُرّة ثمينة في يد كناس، أو كتابًا في يد جاهل ليس في آبائه من هو أهل لذلك لا يسعه أن يشهد بالملك، وقال القاضي الإمام أبو علي النسفي: مع رؤية اليد والتصرف ينبغي أن يقع في قلبه أنه ملكه[٣].

قوله: (ويحتمل أن يكون هذا)، وهو قوله: **(أن يقع في قلبه أنه له)** تفسير لإطلاق قول محمد، وهو **قوله: (وسعك أن تشهد)**، وذكر الصدر الشهيد في

---

(١) انظر: فتاوى قاضي خان (٢/ ٤٨٣، ٤٨٤).
(٢) أخرجه الحاكم (٤/ ١١٠، رقم ٧٠٤٥)، والعقيلي في الضعفاء الكبير (٤/ ٦٩)، وابن عدي في الكامل في الضعفاء (٦/ ٢٠٧)، والبيهقي في شعب الإيمان (٧/ ٤٥٥، رقم ١٠٩٧٤) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
وصححه الحاكم، وضعفه العقيلي، وابن عدي.
(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٣١)، درر الحكام شرع غرر الأحكام (٢/ ٣٧٥).

شَرْطًا عَلَى الِاتِّفَاقِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: دَلِيلُ المِلْكِ اليَدُ مَعَ التَّصَرُّفِ، وَبِهِ قَالَ بَعْضُ مَشَايِخِنَا ـ رَحِمَهُمُ اللَّهُ ـ لِأَنَّ اليَدَ مُتَنَوِّعَةٌ إِلَى إِنَابَةٍ وَمِلْكٍ.

أدب القاضي[١] فيه [اليد]، ويحتمل أن يكون قوله قول الكل، وبه نأخذ.

قوله: (وقال الشافعي[٢]: دليل الملك اليد مع التصرف) أي: التصرف مدة طويلة، وبه قال مالك[٣] وابن حامد الحنبلي[٤].

(وبه قال بعض مشايخنا)، وهو الخصاف؛ لأن اليد تتنوع إلى ملك ونيابة وضمان.

وقلنا: التصرف إلى نيابة، كالوكيل والمضارب، وإلى أصالة فلا معنى لاعتبار هذه الزيادة؛ إذ الاحتمال لا يزول بها، والأصل أن الأملاك تكون في يد الملاك، والكينونة في يد غيرهم عارض، فرجحنا الأصل، فينبغي ألا تقيد الشهادة بما استفاد به من معاينة اليد، حتى إنه لو قال: إنه شهد بناء على اليد لا تقبل، كما مر في التسامع؛ لأن معاينة اليد في الأملاك مطلق الشهادة بالملك لا موجب، والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة، ونحن ما ضمنا ذلك.

ألا ترى أن في يد رجل دارًا يتصرف فيها تصرف الملاك، فيجوز أن يأخذ بذلك الشفعة في المبيعة بجنبها، والقاضي لا يقضي بالشفعة عند إنكار المشتري أن تكون الدار ملك الشفيع؛ لأن عيان اليد ليس سببًا للوجوب؛ لكنه سبب للجواز، وعند أحمد[٥] والإِصْطَخْرِي من أصحاب الشافعي[٦] يجوز أن يشهد في الملك بالاستفاضة؛ لأنه موجب للعلم الظاهر لما ذكرنا؛ بل أولى من اليد والتصرف، وعندنا والشافعي[٧] ـ في الأصح ـ ومالك[٨]: لا يجوز؛ لاحتمال أنه اشتهر من رجل، ويكون لغيره وهو كبير، فلا يفيد علمًا.

---

(١) انظر: شرح أدب القاضي (٤/ ٤٠٤).
(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٣٧)، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (٤/ ٣٤٤، ٣٤٥).
(٣) انظر: الذخيرة (١٠/ ١٦٣)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٥١).
(٤) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٨٥)، المغني (١٠/ ١٤٢، ١٤٣).
(٥) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٨٥)، المغني (١٠/ ١٤٢، ١٤٣).
(٦) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٣٧، ٣٨)، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣/ ١٢٠٣).
(٧) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٣٧)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ٢٦٩).
(٨) انظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٥١)، مواهب الجليل (٦/ ١٩٢).

قُلْنَا: وَالتَّصَرُّفُ يَتَنَوَّعُ أَيْضًا إِلَى نِيَابَةٍ وَأَصَالَةٍ. ثُمَّ المَسْأَلَةُ عَلَى وُجُوهٍ: إِنْ عَايَنَ المَالِكُ المِلْكَ حَلَّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ، وَكَذَا إِذَا عَايَنَ المِلْكَ بِحُدُودِهِ دُونَ المَالِكِ اسْتِحْسَانًا، لِأَنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ بِالتَّسَامُعِ فَيَحْصُلُ مَعْرِفَتُهُ، وَإِنْ لَمْ يُعَايِنْهَا أَوْ عَايَنَ المَالِكَ دُونَ المِلْكِ لَا يَحِلُّ لَهُ.

قوله: (**ثم إن عاين المالك**) إلى آخره، في الكافي والذخيرة[1]: ثم المسألة على أربعة أوجه: إن عاين الملك والمالك، [٢/ ٢٠٤/ب] بأن عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه، وعرف الملك بحدوده، وَرَآه في يدِهِ بلا منازعةٍ، ثم رآه في يد آخر، فجاء الأول وادعى الملك ـ وسعه أن يشهد للأول بالملك بناء على يده.

أو عاين الملك دون المالك، بأن عاين ملكًا بحدوده ينسب إلى فلان بن فلان الفلاني، وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه، ثم جاء الذي نسب إليه الملك وادعى ملك هذا المحدود على شخص ـ حل له أن يشهد استحسانًا؛ لأن النسب يثبت بالتسامع، فصار المالك معلومًا بالتسامع.

أو لم يعاين الملك ولا المالك، بأن سمع من الناس يقولون: لفلان بن فلان ضيعة في قرية كذا، حدودها كذا، وهو لم يعرف تلك الضيعة، ولم يعاين يده عليها لا يحل له أن يشهد له بالملك، وهي صورة من صور الاستفاضة.

أو عاين المالك دون الملك بأن يعرف المالك باسمه ونسبه ووجهه، ويسمع أن له ضيعة في قرية كذا، وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه أن يشهد له بالملك؛ لأنه لم يحصل له العلم بالمحدود، وهو شرط للشهادة، وهذا صورة من صور الاستفاضة، فهذه قسمة عقلية، وهي دليل الانحصار.

فإن قيل: يلزم على جواز الاستحسان الشهادة على الملك بالتسامع، وذا لا يجوز عندنا.

قلنا: إنما لا يجوز إذا كانت الشهادة في حق المال قصدًا بالتسامع، أما بالتسامع هاهنا يثبت النسب، وفي ضمنه يثبت الملك، والاعتبار للمُتضمِّن لا للمُتضمَّن.

---

(١) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٢٩٩، ٣٠٠).

وَأَمَّا العَبْدُ وَالأَمَةُ، فَإِنْ كَانَ يَعْرِفُ أَنَّهُمَا رَقِيقَانِ فَكَذَلِكَ، لِأَنَّ الرَّقِيقَ لَا يَكُونُ فِي يَدِ نَفْسِهِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَعْرِفُ أَنَّهُمَا رَقِيقَانِ إِلَّا أَنَّهُمَا صَغِيرَانِ لَا يُعَبِّرَانِ عَنْ أَنْفُسِهِمَا فَكَذَلِكَ، لِأَنَّهُ لَا يَدَ لَهُمَا، وَإِنْ كَانَا كَبِيرَيْنِ فَذَلِكَ مَصْرِفُ الِاسْتِثْنَاءِ، لِأَنَّ لَهُمَا يَدًا عَلَى أَنْفُسِهِمَا، فَيُدْفَعُ يَدُ الغَيْرِ عَنْهُمَا فَانْعَدَمَ دَلِيلُ المِلْكِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ فِيهِمَا أَيْضًا اعْتِبَارًا بِالثِّيَابِ، وَالفَرْقُ مَا بَيَّنَاهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قوله: (وإن كانا كبيرَيْن) أراد به أن يعبِّرا عن أنفسهما، سواء كانا صبيين عاقلَيْن أو بالغَيْن، وبه صرّح الإمام المحبوبي؛ لأن لهما يدًا على أنفسهما فتدفع يد الغير عنهما حكمًا، حتى إن الصبي الذي يعقل لو أقرّ بالرّق على نفسه لغيره يجوز إقراره، ويصنع المقر له به ما يصنع بمملوكه، فلا يكون نفس اليد دليل الملك؛ إذ الحر قد يخدم الحر كأنه عبده، وأمكن إزالة هذا الاحتمال بتحكم الإقرار بالرق، فلم يسقط اعتبار الاحتمال فيهما، بخلاف ما لو عرف أنه رقيق؛ إذ لا يد للرقيق على نفسه. كذا في جامع قاضي خان.

فإن قيل: لو كان الاعتبار لتعبيرهما عن نفسهما دون البلوغ لوجب أن تعتبر دعواهما بعدما كبرا في يد ذمِّي يدعي رقبتهما.

قلنا: نعم الاعتبار للتعبير عن أنفسهما إذا كان في وقته، وهو فيما إذا لم يثبت لأحد عليهما رقبة قبله، وفي هذه الصورة ظهر الرق عليهما باليد في حال صغرهما، وسيجيء في فصل التنازع بالأيدي من كتاب الدعوى.

[قوله][١] **(وعن أبي حنيفة أنه يحل أن يشهد فيهما)** أي: في الكبيرين، وكذا عن أبي يوسف ومحمد، فجعلوا اليد في الكل دليلاً على الملك، ألا ترى أن من ادعى عبدًا أو أَمةً في يد غيره، وذو اليد يدعي لنفسه؛ فالقول لذى اليد؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لقيام يده عليه، كما في الثياب والدواب؛ إذ لا يد لهما على أنفسهما[٢].

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٣٣)، فتح القدير (٧/ ٣٩٦).

بَابُ مَنْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَمَنْ لَا تُقْبَلُ

قَالَ: (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الأَعْمَى). وَقَالَ زُفَرُ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: تُقْبَلُ فِيمَا يَجْرِي فِيهِ التَّسَامُعُ، لِأَنَّ الحَاجَةَ فِيهِ إِلَى السَّمَاعِ وَلَا خَلَلَ فِيهِ.

بَابُ مَنْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَمَنْ لَا تُقْبَلُ

لما ذكر تفصيل ما يسمع من الشهادة بالنسبة إلى محالِّ الشهادة ـ شرع في بيان من تسمع شهادته ومن لا تسمع.

ثم الأصل في هذا الباب أن الشهادة ترد بالتهمة؛ لقوله ﷺ: «**لا شهادة لِمُتَّهَمٍ**».

ولأنها خبر محتمل للصدق والكذب، وبترجح جانب الصدق يصير حجة، ولا يترجح جانب الصدق بالتهمة.

ثم تمكُّن التهمة تارةً يكون لمعنى في الشاهد، وهو الفسق؛ لأنه لما لم ينزجر عن ارتكاب محرم في دينه مع اعتقاده حرمته ـ لم ينزجر عن شهادة الزور.

وقد يكون لمعنى في الشاهِدِ مع قيام العدالة والولاية، وهو العمى، فإذا عدم له آلة التمييز تمكن تهمة الغلط في الشهادة، وتهمة الغلط وتهمة الكذب سواء.

وقد تكون تهمة الكذب مع قيام العدالة بدليل شرعي، وهو المحدود في القذف بعد التوبة عندنا، وقبل التوبة عند الشافعي(١) فقد جعل تعالى عجزه عن الإتيان بأربعة دليل كذبه بقوله: ﴿فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِندَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾ [النور: ١٣] كذا في المبسوط(٢).

قوله: [٢/ ٢٠٥/أ] **(وقال زفر، وهو رواية عن أبي حنيفة: تقبل فيما يجري فيه التسامع)**، وبه قال الشافعي(٣) والنخعي(٤) وأحمد(٥) ومالك(٦) والحسن

---

(١) انظر: الأم (٦/ ٢٢٥)، الحاوي الكبير (١٧/ ٢٥، ٢٦).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٢٠، ١٢١).
(٣) انظر: الأم (٧/ ٩٦)، الحاوي الكبير (١٧/ ٤٣).
(٤) انظر: المدونة (٤/ ٩٣)، المغني (١٠/ ١٧٠).
(٥) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٨٦)، المغني (١٠/ ١٧٠).
(٦) انظر: المدونة (٢/ ٩٣)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٦/ ١٥٤).

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: يَجُوزُ إِذَا كَانَ بَصِيرًا وَقْتَ التَّحَمُّلِ لِحُصُولِ العِلْمِ بِالمُعَايَنَةِ، وَالأَدَاءُ يَخْتَصُّ بِالقَوْلِ، وَلِسَانُهُ غَيْرُ مُوفٍ، وَالتَّعْرِيفُ يَحْصُلُ بِالنِّسْبَةِ كَمَا فِي الشَّهَادَةِ عَلَى المَيِّتِ.

وَلَنَا: أَنَّ الأَدَاءَ يَفْتَقِرُ إِلَى التَّمْيِيزِ بِالإِشَارَةِ بَيْنَ المَشْهُودِ لَهُ وَالمَشْهُودِ عَلَيْهِ، وَلَا يُمَيِّزُ الأَعْمَى إِلَّا بِالنَّغْمَةِ، ....

البصري[١] وسعيد بن جبير والثوري، وعن ابن عباس[٢]: تُقبل فيما طريقه السمع أيضًا، وبه قال الزهري[٣] وربيعة[٤] والليث[٥] وشريح وعطاء[٦] وابن أبي ليلى ومالك[٧] وأحمد[٨]، وهو اختيار المزني، وكذا تقبل في الترجمة عند الكل؛ لأن العلم يحصل له فيها كالبصير؛ إذ حصول العلم بالسماع، وهو كالبصير في السماع، ويعرف القائل باسمه ونسبه.

قوله: (وقال أبو يوسف والشافعي)[٩]: تجوز شهادته فيما في طريقة السمع، وفيما لا يثبت بالتسامع إذا كان وقت التحمل بصيرًا، وعَمِي عند الأداء، إذا كان يعرفه باسمه ونسبه كما في الميت، وبه قال مالك[١٠] وأحمد[١١] أيضًا، وقلنا: في شهادته تهمة يمكن التحرز عنها بحبس الشهود، فتُردُّ كشهادة الأب لولده، وهذا لأنه يحتاج في أداء الشهادة إلى التمييز بين المشهود له والمشهود عليه بالإشارة، أو إلى المشهود به فيما يجب إحضاره.

(ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة) أي: الصوت.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٤١)، المحلى بالآثار (٨/ ٥٣٢).
(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٤١)، المغني (١٠/ ١٧٠).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٤١)، المحلى بالآثار (٨/ ٥٣٢).
(٤) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٤١)، المحلى بالآثار (٨/ ٥٣٢).
(٥) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٤١)، المحلى بالآثار (٨/ ٥٣٢).
(٦) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٤١)، المحلى بالآثار (٨/ ٥٣٢).
(٧) انظر: المدونة (٢/ ٩٣)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٦/ ١٥٤).
(٨) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٨٦)، المغني (١٠/ ١٧٠).
(٩) انظر: الأم (٧/ ٤٨)، الحاوي الكبير (١٧/ ٤٣).
(١٠) انظر: مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٦/ ١٥٤)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٦٧).
(١١) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٨٦)، المغني (١٠/ ١٧١).

وَفِيهِ شُبْهَةٌ يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهَا بِجِنْسِ الشُّهُودِ وَالنِّسْبَةِ لِتَعْرِيفِ الغَائِبِ دُونَ الحَاضِرِ فَصَارَ كَالحُدُودِ وَالقِصَاصِ.

(**وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود**) فيرد بخلاف الميت؛ لأنه لا يمكن التحرز عنه بجنس الشهود، ثم لأن المدعي ـ وإن استكثر الشهود ـ يحتاج إلى إقامة النسبة والاسم مقام الإشارة عند موت المشهود عليه أو غيبته.

(**وإن النسبة لتعريف الغائب دون الحاضر**) على أن الإشارة لم تقع إلى وكيل الغائب أو وصيه، وهو في ذلك قائم مقامه.

(**فصار كالحدود والقصاص**) فإن شهادة الأعمى لا تقبل فيها بإجماع الأئمة[١].

وفي الذخيرة[٢]: لو تحمل وهو بصير، ثم أدى وهو أعمى: هل تقبل شهادته؟

فأجمع علماؤنا أنه في المنقول لا تقبل؛ لأن الإشارة إلى المنقول شرط، ولا يقوم الوصف مقام الإشارة عندهم جميعًا.

أما إذا كان في الدين والعقار ففيه اختلفوا؛ فقال أبو يوسف: يقبل؛ لأن الاحتراز عن العمى غير ممكن لصاحب الحق، فقام الاسم والنسبة مقام الإشارة كما في الميت، وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يقبل؛ لما ذكرنا، ولما رُوي عن علي أنه رد شهادة الأعمى، ولم يفصل ولم يَسْتَفْسِر أنه تحمل وهو بصير أو أعمى، فدل أن الحكم لا يختلف.

ثم قال مشايخنا: هذا كله فيما لا تجوز الشهادة عليه بالتسامع والشهرة، أما فيما تجوز الشهادة بالشهرة والتسامع تقبل شهادته بلا خلاف.

وفي المبسوط[٣]: قال أبو يوسف: يحتمل أن يكون ذلك عن علي في الحدود.

وفي قوله: (**شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود**) إشارة إلى جواب

---

(١) انظر: الإقناع لابن المنذر (٢/ ٥٢٧)، المحلى بالآثار لابن حزم (٨/ ٥٣٢).
(٢) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣٢٢).
(٣) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٢٩، ١٣٠).

وَلَوْ عَمِيَ بَعْدَ الأَدَاءِ يَمْتَنِعُ القَضَاءُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ(*)، لِأَنَّ قِيَامَ أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ شَرْطٌ وَقْتَ القَضَاءِ لِصَيْرُورَتِهَا حُجَّةً عِنْدَهُ وَقَدْ بَطَلَتْ وَصَارَ

سؤال، وهو أن يقال: صلحت النغمة للتمييز بين شخص وشخص فيما هو أعظم خطرًا من المال، وهو وطء زوجته وجاريته، ولا يميز بينهما وبين غيرهما إلا بالنغمة، فَلَأَنْ يصلح في الأموال أولى.

فقال: في هذا ضرورة، فإن الأعمى يحتاج إلى قضاء الشهوة وبقاء النسل كالبصير، ولا يمكن الاحتراز عنه بغير النغمة، وفيما نحن فيه يمكن الاحتراز بجنس الشهود، ولأن في أصل الوطء هناك يجوز أن يعتمد خبر الواحد، فإنه إذا أخبر أن هذه امرأته وقد زفت إليه حل له وطؤها، وكذا لو وجد امرأة نائمة على فراشه ليلًا، فظن أنها امرأته حل له وطؤها. كذا في المبسوط[1] والأسرار.

فإن قيل: يشكل على قولهما الشهادة على غائب لأجل كتاب القاضي إلى القاضي، حيث تقبل مع أن الإشارة لم توجد كما في الأعمى.

قلنا: في الغائب يعرف الشهود المدعى عليه ويقولون: لو رأيناه عرفناه، فلا تكون شهادة على من لا يعلمون بوجوب الحق عليه، حتى لو قالوا: لا نعرفه اليوم لا تقبل شهادتهم، وأما الأعمى فيشهد على من لا يعلم بوجوب الحق عليه على الحقيقة، فلا يصح منه. كذا في الذخيرة[2].

قوله: (لصيرورتها) أي: لصيرورة الشهادة **(حجة عنده)** أي: عند القضاء؛ لأن المقصود من الشهادة القضاء فيما يمنع الأدَاء يمنع القضاء، والعمى والخرس والجنون والفسق يمنع الأداء فيمنع القضاء، وعند أبي يوسف لا يمنع الأداء فلا يمنع القضاء. كذا في الذخيرة[3].

وفي المبسوط[4]: لا تجوز شهادة الأخرس، لأن الأداء يختص بلفظ الشهادة بإجماع الفقهاء، حتى لو قال: أنا أخبر أو أعلم أو أتيقن

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٢٩، ١٣٠).

(٢) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣٢٣، ٣٢٤).

(٣) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣٢٣).

(٤) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٣٠).

كَمَا إِذَا خَرِسَ أَوْ جُنَّ أَوْ فَسَقَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتُوا أَوْ غَابُوا، لِأَنَّ الأَهْلِيَّةَ بِالمَوْتِ قَدْ انْتَهَتْ وَبِالغَيْبَةِ مَا بَطَلَتْ.

قَالَ: (وَلَا المَمْلُوكِ) ....

[٢/ ٢٠٥/ب] لا تُقبل، ولفظ الشهادة لا يتحقق من الأخرس، وبه قال الشافعي[(١)] في قول، ومالك[(٢)] وأحمد[(٣)]، وقال الشافعي[(٤)] في الأصح: تقبل شهادته إذا كان له إشارة مفهومة؛ لأن إشارته حينئذ كترجمة لفظة الشهادة بلسان آخر.

وقلنا: في إشارته تهمة، ويمكن التحرز عنها بجنس الشهود كما في الأعمى.

قوله: (ولا المملوك) أي: الرقيق، وبه قال الشافعي[(٥)] ومالك[(٦)].

وعن عليّ أنه قال: أقبل شهادة العبيد بعضهم على بعض، ولا أقبلها على حر.

وعن أنس: أنه يقبل على الأحرار والعبيد، وبه قال عثمان البتي[(٧)] وإسحاق[(٨)] وأحمد[(٩)] وداود، وعن الشعبي والنخعي[(١٠)] أنهما قالا: يقبل في القليل دون الكثير.

وكذا لا تُقبل شهادة الصبي عندنا، وبه قال الشافعي[(١١)] وأحمد[(١٢)] وعامة

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٤٣)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٤/ ٧٢).
(٢) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٦٧)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٤٥).
(٣) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٧١)، المغني (١٠/ ١٧١، ١٧٢).
(٤) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (١٤/ ٧٢)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ٢٤٥).
(٥) انظر: الأم (٧/ ٤٩)، الحاوي الكبير (١٧/ ٢١٣).
(٦) انظر: المدونة (٤/ ١٩، ٢٠)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ٢٤٦).
(٧) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٥٨)، المغني (١٠/ ١٧٦).
(٨) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٥٨)، المغني (١٠/ ١٧٦).
(٩) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٨٠)، المغني (١٠/ ١٧٥).
(١٠) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٥٨)، المحلى بالآثار (٨/ ٥٠٢).
(١١) انظر: الأم (٧/ ٤٩)، الحاوي الكبير (١٧/ ٢١٣).
(١٢) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٧١)، المغني (١٠/ ١٤٤).

....

العلماء، وعن مالك[١] تقبل شهادة الصبيان في الجراح إذا كانوا قد اجتمعوا لأمر مباح قبل أن يتفرقوا، ويروى ذلك عن ابن الزُّبَيْر، وعن أحمد[٢] أيضًا رواية، وعن مالك[٣] أنه يقبل في كل شيء؛ لإطلاق النصوص، والعبد والصبي عدل.

وقلنا: الشهادة من باب الولاية؛ لأنه قول ملزم على الغير ابتداءً، وليس معنى الولاية إلا هذا، والأصل ولاية المرء على نفسه، ثم تتعدى إلى غيره، ولا ولاية لهما على أنفسهما، فعلى غيرهما أولى، إلا أن يؤديا في الحرية والبلوغ ما تحملا قبلهما؛ لأن التحمل بالمعاينة والسماع، وهما لا ينافيهما، وعند الأداء هما من أهل الولاية على نفسه، والشهادة تقبل بعد البلوغ والحرية، وبه قال الشافعي[٤] وأحمد[٥]، وقال مالك[٦]: لا تقبل بعدهما كما لا تقبل قبلهما، يؤيده قوله تعالى: ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ﴾ [البقرة: ٢٨٢] والصبي لم يكن رجلًا.

قوله: (وقال الشافعي[٧]: تقبل إذا تاب)[٨]، وبه قال مالك[٩] وأحمد[١٠]، واختلفوا في توبته؛ فقال الشافعي[١١]: توبته إكذابه نفسه، [وبه قال أحمد؛ لما روي عن عمر أنه قال: توبة القاذف إكذابه نفسه][١٢] أو قال: قذفي كان باطلًا،

(١) انظر: المدونة (٤/ ٢٦)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ٢٤٦).
(٢) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٧١)، المغني (١٠/ ١٤٤).
(٣) انظر: الذخيرة (١٠/ ٢١٠).
(٤) انظر: الأم (٧/ ٤٩، ٥٠)، الحاوي الكبير (١٧/ ٢١٣).
(٥) انظر: المغني (١٠/ ١٨٤)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ٨١).
(٦) انظر: المدونة (٤/ ٢٠)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٧٣).
(٧) انظر: الأم (٧/ ٩٤)، الحاوي الكبير (١٧/ ٢٤).
(٨) انظر المتن ص ٥٣٣، ٥٣٥.
(٩) انظر: المدونة (٤/ ٢٣)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ٢٤٦).
(١٠) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٧٩)، المغني (١٠/ ٨٠).
(١١) انظر: الأم (٧/ ٩٤)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ٢٤٨).
(١٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

....

وبه قال ابن أبي هريرة من أصحاب الشافعي(١)، وهو رواية أحمد(٢)، وقال الإِصْطَخْرِي(٣) من أصحابه: توبته أن يقول: كذبت فيما قلت، ولا أعود إلى مثله.

وهل يعتبر مع التوبة إصلاح العمل؟

فيه قولان؛ قيل: يعتبر، قال تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِنۢ بَعۡدِ ذَٰلِكَ وَأَصۡلَحُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٌ ﴿٨٩﴾﴾ [آل عمران: ٨٩].

وقيل: لا يعتبر؛ لأن عمر قال لأبي بكرة: تب أقبل شهادتك.

وجه قوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ﴾ والاستثناء مع تعقب كلمات عطف بعضها على بعض ينصرف إلى جميع ما تقدم، ولأن الموجب لرد شهادته فسقه، فيرتفع بالتوبة، فتقبل شهادته، كالمحدود في غير القذف إذا تاب، وما روي من حديث عمر لأبي بكرة.

ولنا قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ﴾ [النور: ٤] فقد عطف على قوله: ﴿فَٱجۡلِدُوهُمۡ﴾ والعطف للاشتراك، كما قال الشافعي(٤) في قوله ﷺ: «**وتغريب عام**»(٥) أنه من تمام حد البِكر، فكذا رد الشهادة من تمام حده.

وأصل الحد لا يرتفع بالتوبة، بخلاف التغريب حيث لا يصلح من تمام الحد؛ لأنه لا يصلح زاجرًا، لما فيه من الإغراء على الفاحشة كما بيّن في الأصول.

أما رد الشهادة يصلح زاجرًا؛ لأنه مؤلم بدنه كالجلد، وقد بيّن تمامه في الأصول، ولأن المقصود من الحد دفع العار عن المقذوف، وذلك في إهدار قوله أظهر؛ لأنه بالقذف آذى قلبه، فجزاؤه ألا تقبل شهادته؛ لأنه فعل لسانه

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٣٢).

(٢) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٨٠)، المغني (١٠/ ١٨٠).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٣٢)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١٠/ ٢٤٨).

(٤) انظر: الأم (٧/ ٩٥)، الحاوي الكبير (١٦/ ٧٠).

(٥) أخرجه البخاري (٣/ ١٨٤ رقم ٢٦٩٥)، ومسلم (٣/ ١٣٢٤ رقم ١٦٩٧) من حديث أبي هريرة، وزيد بن خالد الجهني رضي الله عنه.

لِأَنَّ الشَّهَادَةَ مِن بَابِ الوِلَايَةِ وَهُوَ لَا يَلِي نَفْسَهُ، فَأَوْلَى أَنْ لَا تَثْبُتَ لَهُ الوِلَايَةُ عَلَى غَيْرِهِ (وَلَا المَحْدُودِ فِي قَذْفٍ وَإِنْ تَابَ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ [النور: ٤]، وَلِأَنَّهُ مِن تَمَامِ الحَدِّ لِكَوْنِهِ مَانِعًا فَيَبْقَى بَعْدَ التَّوْبَةِ كَأَصْلِهِ، بِخِلَافِ المَحْدُودِ فِي غَيْرِ القَذْفِ، لِأَنَّ الرَّدَّ لِلْفِسْقِ وَقَدْ ارْتَفَعَ بِالتَّوْبَةِ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: ..

ويؤلم قلبه وفاقًا لجريمته، فيكون من تمام الحد، فلا يرتفع بالتوبة كأصل الحد (**بخلاف المحدود في غير القذف؛ لأن الرد للفسق**) لا للحد (**وقد ارتفع بالتوبة**)..

وأما الاستثناء ينصرف إلى ما يليه، وهو قوله ﴿وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾ لأنه للاستئناف وما قبله أمر ونهي فوضا إلى الأئمة، وهذه جملة اسمية إخبار عن حالة قائمة فيهم، فلم يحسن العطف، فكانت مستأنفة، أو هو استثناء منقطع بمعنى (لكن)؛ لأن التائبين ليسوا من جنس الفاسقين، فكان معناه: ولكن الذين تابوا فإن الله غفور رحيم يغفر ذنبهم ويرحمهم، فكان كلامنا مبتدأ غير متعلق بما قبله، وفي خبر الفاسق الثابت بالنص التوقف، قال تعالى: ﴿فَتَبَيَّنُوا﴾ [الحجرات:٦] والمنصوص عليه هنا الرد دون التوقف، فتبيّن أنه ليس بسبب الفسق بل لتمام الحد.

وفي المبسوط[(١)]: والصحيح من المذهب عندنا أنه إذا أقام أربعة من الشهود على صدقه بعد الحد عليه تقبل شهادته.

قوله: (ولأنه) أي: ولأن رد الشهادة (**من تمام الحد**) كما بينا.

(**لكونه**) أي: [٢/٢٠٦/أ] لكون الرد (**مانعًا**) من القذف، فيكون من تمام الحد كما ذكرنا.

(**فيبقى**) أي: الرد (**بعد التوبة كأصله**) أي: كأصل الحد كما بينا، فلا يقال: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا﴾ وإن كان خطابًا للأئمة، فهو في نفسه جملة تامة، وبعطفها على الأولى يلزم الاشتراك كما قرر في الأصول؛ لأنا نقول: في نفسها وفي إثبات حكم الرد تامة، فأما في كونه جزاء على المعصية فلا يتم إلا بعطفها على الجلد؛ لأن المعصية ذكرت قبل الجلد، ونظيره ما لو قال: إن

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢٦/١٩).

....

دخلت الدار فعبدي حر وامرأتي طالق، فقوله: وامرأتي طالق، وإن كان تامًّا في نفسه؛ لكن ناقصًا في حق التعليق بالشرط، فكذا هذا[1].

فإن قيل: قال تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾ إلى قوله: ﴿ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِى ٱلدُّنْيَا ۖ وَلَهُمْ فِى ٱلْءَاخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٣]، ثم قال: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ﴾ [المائدة: ٣٤] فيرجع الاستثناء إلى الجميع، ومعلوم أن ما تقدم في أول الآية أمر معنًى.

وقوله: ﴿ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ﴾ خبر عن حال قائمة، ومع ذلك الاستثناء إلى الجميع، حتى لو تابوا قبل القدرة عليهم يسقط حد المحاربين عنهم.

قلنا: أول الآية وإن كان أمرًا معنًى لكن صورته صورة الخبر، فإذا كان كذلك جاز رجوع الاستثناء إلى الجميع، فأما فيما نحن فيه الصيغ مختلفة؛ أمر ونهي وخبر، فلا يحسن العطف، فيرجع الاستثناء إلى ما يليه، ولأن في رجوع الاستثناء إلى ما يليه، وهو قوله: ﴿وَلَهُمْ فِى ٱلْءَاخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ لا تبقى فائدة في قوله: ﴿مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ﴾ إذ التوبة تزيل عذاب الآخرة قبل القدرة عليهم وبعدها.

فإن قيل: رجوع الاستثناء إلى الشهادة أولى؛ لأنه معلوم شرعًا أن التوبة تزيل الفسق بغير هذه الآية، فلا يكون رده إلى الفسق مفيدًا، ورده إلى الشهادة مفيد فائدة؛ لأنه يجوز رد الشهادة مع وجود التوبة، أما سمة الفسق لا تبقى مع وجود التوبة فيكون الاستثناء فيه منقطعًا، ومن الشهادة منفصلًا، وهو أولى.

قلنا: أراد بالتوبة المذكورة في الآية التوبة من القذف وإكذاب نفسه؛ لأنه يستحق سمة الفسق، وقد كان جائزًا أن تبقى سمة الفسق عليه إذا تاب من سائر الذنوب ولم يكذب نفسه، فأخبر الله تعالى بزوال سمة الفسق إذا أكذب نفسه، ويؤيد ما ذكرنا ما روي أنه ﷺ قال: «**الْمُسْلِمُونَ عُدُولٌ بَعضُهمْ عَلَى بَعْضٍ إلّا مَحْدُودًا في قَذْفٍ**»[2]، ولم يستثنِ فيه وجود التوبة.

وما رُويَ في قصة هلال بن أمية حين قذف امرأته بشريك بن سحماء،

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٢٥).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٦/ ١٧٢ رقم ٢١٠٤٢) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.
وضعفه ابن الملقن في البدر المنير (٩/ ٦٢٦).

تُقْبَلُ إِذَا تَابَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ﴾ [النور: ٥] اسْتَثْنَى التَّائِبَ. قُلْنَا: الِاسْتِثْنَاءُ يَنْصَرِفُ إِلَى مَا يَلِيه وَهُوَ قَوْله تَعَالَى: ﴿وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾ [النور: ٤] أَوْ هُوَ اسْتِثْنَاءٌ مُنْقَطِعٌ بِمَعْنَى لَكِنْ.

فقال ﷺ: «**أَتَجْلِدُ هِلالًا وتُبطِلُ شَهَادَتَهُ في المُسلِمينَ!**» فأخبر أن وقوع الجلد يبطل شهادته من غير شرط التوبة في قبولها.

وما روى عبد الباقي بإسناده عن الزهري عن عائشة أنه ﷺ قال: «**لَا تَجُوزُ فِي الإِسْلام شَهادةَ زورٍ، ولَا خَائِنٍ ولا خَائِنَةٍ، ولا مَجلُودٍ حدًّا، ولا ذي غَمرٍ لَأخِيهِ، ولا الصّانعِ لأهلِ البَيتِ، ولا ظنينٍ ولا قرابةٍ**»[(١)]، وهذا يقتضي بطلان شهادة كل محدود، في القذف وغيره، إلا أن الدليل قام في غير القذف على قبول شهادة محدود في غير قذف، ولم يقم في المحدود في القذف فبقي على عمومه.

وبقولنا قال ابن المسيب[(٢)] وشريح[(٣)] والحسن وإبرهيم النخعي[(٤)] وسعيد ابن جبير[(٥)]، وهكذا روي عن ابن عباس، وأما حديث عمر لأبي بكرة فإن راويه عمرو بن قيس، قال سفيان بن عيينة: ولئن صح ففيه أن عمر قال لأبي بكرة، وجائز أن يكون قاله قبل الجلد.

فإن قيل: قبل الجلد لا يكون مردود الشهادة عندنا ومالك[(٦)]، وعند الشافعي[(٧)] وأحمد[(٨)] والليث مردود الشهادة إذا عجز عن إقامة الشهادة قبل الجلد، فكيف يصحّ هذا التأويل؟

---

(١) أخرجه الترمذي (٤/ ١٢٠ رقم ٢٢٩٨)، وابن ماجه (٢/ ٧٩٢ رقم ٢٣٦٦)، والدارقطني (٥/ ٤٣٨ رقم ٤٦٠٢).
قال الترمذي: هذا حديث غريب، لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي ويزيد يضعف في الحديث ولا يعرف هذا الحديث من حديث الزهري إلا من حديثه، وقال الدارقطني: يزيد هذا ضعيف لا يحتج به.

(٢) انظر: المغني (١٠/ ١٧٩).

(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٥)، المغني (١٠/ ١٧٨).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٥)، المغني (١٠/ ١٧٨).

(٥) انظر: المغني (١٠/ ٤٧٨).

(٦) انظر: انظر: المدونة (٤/ ٥١٣)، الذخيرة (١٠/ ٢١٧).

(٧) انظر: الأم (٧/ ٤٨)، الحاوي الكبير (١٧/ ٢٥).

(٨) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٧٩)، المغني (١٠/ ١٨٧).

(وَلَوْ حُدَّ الكَافِرُ فِي قَذْفٍ ثُمَّ أَسْلَمَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ) لِأَنَّ لِلْكَافِرِ شَهَادَةً فَكَانَ رَدُّهَا مِن تَمَامِ الحَدِّ، وَبِالإِسْلَام حَدَّثَتْ لَهُ شَهَادَةٌ أُخْرَى، بِخِلَافِ العَبْدِ إِذَا حُدَّ ثُمَّ أُعْتِقَ، لِأَنَّهُ لَا شَهَادَةَ لِلْعَبْدِ أَصْلًا فَتَمَامُ حَدِّهِ يَرُدُّ شَهَادَتَهُ بَعْدَ العِتْقِ.

قيل: معناه: أقبل شهادتك مع سمة الفسق، ولا يرده فيكون هذا بيان ما كان مشروعًا.

قوله: (بخلاف العبد إذا حُد ثم أعتق) حيث لا تقبل شهادته عندنا، وقالت الأئمة الثلاثة[(١)]: تُقبل كما في الكافر، والفرق عندنا أن رد الشهادة من تمام الحد، [٢/٢٠٦/ب] فتوقف الرد على حدوثها في العبد، فإذا حدثت ترد إتمامًا للحد، أما للكافر شهادة على جنسه عندنا، وعند أحمد[(٢)] على المسلمْ في الوصية؛ لكن تاب بالإسلام، وعندنا بالإسلام له حياة حادثة بعد موته، فترتب عليه حكم المسلمين ابتداء فَتُقَبلُ شهادته.

فإن قيل: يشكل بمن زنى في دار الحرب ثم خرج إلى دار الإسلام، حيث لا يقام عليه حد الزنا، فتوقف حكم المؤثر في العبد ولم يتوقف في الزنا.

قلنا: الزنا في دار الحرب لم يقع موجبًا أصلًا لعدم ولاية الإمام، وإقامة الحد للإمام، فلو أقيم عليه الحد بعد خروجه كان إقامة من غير موجب للحد، وتمامه برد شهادته، ولم يكن هو من أهل الشهادة، فيتوقف على حدوثها بعد العتق، أو يقول: للعبد قبل العتق شهادة من وجه، حتى تقبل شهادته بهلال رمضان وفي الديانات، وقد صارت هذه الشهادة مردودة فلا تقبل في الجميع بعد العتق؛ لأنها من جنس تلك الشهادة[(٣)].

وذكر في المبسوط[(٤)] بعد ذكر هذا الفرق [الذي ذكر في الكتاب، فقال: هذا الفرق][(٥)] على الرواية التي تقبل خبر المحدود في القذف في الديانات، أما

---

(١) انظر: المدونة (٤/ ٥١٣)، الذخيرة (١٠/ ٢١٧)، الأم (٧/ ٤٨)، الحاوي الكبير (١٧/ ٢٥)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٧٩)، المغني (١٠/ ١٨٧).

(٢) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٧١)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ٣٣).

(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٣٨)، فتح القدير (٧/ ٤٠٣).

(٤) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٢٨).

(٥) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

....

على الرواية التي لا تقبل خبره في الديانات، وهي رواية المنتقى، بأن الكافر بالإسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة عند إقامة الحد، وهذه العدالة لم تصر مجروحة، بخلاف العبد، فهو بالعتق لا يستفيد عدالة لم تكن موجودة من قبل، وقد صارت عدالته مجروحة بإقامة الحد، فلا تقبل شهادته بحال، وفيه نوع تأمل.

فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن تقبل شهادة المحدود في القذف إذا تاب كما قال الشافعي[١]؛ لأنه فاسق عند إقامة الحد، والفاسق ليس من أهل الشهادة عنده، بل يستفيد الأهلية بعد التوبة كالكافر.

قلنا: الفاسق من أهل الشهادة بدليل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا﴾ [النور:٤]؛ إذ عدم القبول في صورة إمكان الوجود، ولئن كان غير أهل بالفسق عندك فيكون قوله: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟﴾ أقوى دليلًا على أن المراد: بعد التوبة؛ لحصول الأهلية عندك بعد التوبة، ثم في قوله: (**بخلاف العبد إذا حُد ثم أعتق**)[٢] لا فائدة في ذكر الحد؛ إذ لو لم يُحد، ثم أُعتق وحد لم تقبل شهادته أيضًا.

أما ذكره لبيان الفرق بينه وبين الكافر، أما الكافر لو قذف مسلمًا ثم أسلم، ثم حد ـ لم تقبل شهادته، ولو حد بعض الحد في حال كفره، وبعضه في حال إسلامه، ففيه اختلاف الروايتين، وقد مرَّ في حد القذف.

وفي الكافي: عند أبي حنيفة في هذه المسألة ثلاثُ رواياتٍ:

إحداها: لا تسقط شهادته ما لم يُضرب تمام الحد؛ لأن إقامة الحد مسقطة للشهادة، والحد لا يتجزأ، فما دونه لا يكون حدًّا؛ بل يكون تعزيرًا، والتعزير لا يسقط الشهادة.

والثانية: إذا أقيم عليه الأكثر مقام الكل.

والثالثة: إذا ضرب سوطًا سقطت شهادته؛ لأن من ضرورة إقامة ذلك القدر من الحد الحكم بكذبه[٣].

---

(١) انظر: الأم (٧/ ٤٧)، الحاوي الكبير (١٧/ ٢١٢).
(٢) انظر المتن ص ٥٣٦.
(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٣٩)، فتح القدير (٧/ ٤٠٣).

قَالَ: (وَلَا شَهَادَةِ الوَالِدِ لِوَلَدِهِ وَوَلَدِ وَلَدِهِ، وَلَا شَهَادَةِ الوَلَدِ لِأَبَوَيْهِ وَأَجْدَادِهِ) وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الوَلَدِ لِوَالِدِهِ وَلَا الوَالِدِ

قوله: (ولا شهادة الوالد لولده) إلى قوله: **(وأجداده)**، وبقولنا قال الشافعي[1] ومالك[2] وأحمد[3] في ظاهر روايته، وعن أحمد في رواية[4] تُقبل شهادة الولد لوالده؛ لدخوله في العموم، ولا تقبل شهادة الأب لولده؛ لأن ماله كماله، قال ﷺ: «**أَنْتَ ومَالُكَ لأبِيكَ**» فكانت شهادته لنفسه.

وعن أحمد[5] تقبل شهادة أحدهما للآخر، وهو قول أبي ثور[6] والمزني[7] وداود[8]، وحكي في القديم عن الشافعي[9]، وروي عن عمر قياسًا على الشهادة عليه، أما تقبل شهادة أحدهما على الآخر بلا خلاف لعدم التهمة، قال تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [النساء: ١٣٥].

وعن أحمد[10] في رواية شاذة: لا تُقبل عليه أيضًا؛ لأنها لما لم تُقبل له لم تقبل عليه، كغير العدل، ومذهبه الأول.

وما ذكر في النهاية [من قوله][11]: (ومالك[12] يخالفنا فيه، فيجوز شهادة الوالد لولده، وشهادة الولد لوالده) ما وجدته في الكتب المشهورة لأصحاب مالك.

ولنا الحديث المذكور في الكتاب، ورُوِيَ أن الحسن شهد لعليٍّ مع قنبر

---

(١) انظر: الأم (٧/ ٤٩)، الحاوي الكبير (١٧/ ١٦٣).
(٢) انظر: المدونة (٤/ ٢٠)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٣٣، ١٠٣٤).
(٣) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٧٦)، المغني (١٠/ ١٧٢).
(٤) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٧٦)، المغني (١٠/ ١٧٢).
(٥) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٧٦)، المغني (١٠/ ١٧٣).
(٦) انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ٢٤٧)، المغني (١٠/ ١٧٣).
(٧) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ١٦٣)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ٢٣٦).
(٨) بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ٢٤٧)، ٤/ الحاوي الكبير (١٧/ ١٦٣).
(٩) انظر: الحاوي اكبير (١٧/ ١٦٣)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٩/ ١٤).
(١٠) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٧٦)، المغني (١٠/ ١٧٣).
(١١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(١٢) انظر: المدونة (٤/ ٢٠)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ٢٤٧).

لِوَلَدِهِ وَلَا المَرْأَةِ لِزَوْجِهَا وَلَا الزَّوْجِ لِامْرَأَتِهِ وَلَا العَبْدِ لِسَيِّدِهِ وَلَا المَوْلَى لِعَبْدِهِ وَلَا الأَجِيرِ لِمَنْ اسْتَأْجَرَهُ»، وَلِأَنَّ المَنَافِعَ بَيْنَ الأَوْلَادِ وَالآبَاءِ مُتَّصِلَةٌ، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ أَدَاءُ الزَّكَاةِ إِلَيْهِمْ، فَتَكُونُ شَهَادَةٌ لِنَفْسِهِ مِن وَجْهٍ أَوْ تَتَمَكَّنُ فِيهِ التُّهْمَةُ. قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: وَالمُرَادُ بِالأَجِيرِ عَلَى مَا قَالُوا: التِّلْمِيذُ الخَاصُّ الَّذِي يَعُدُّ ضَرَرَ أُسْتَاذِهِ ضَرَرَ نَفْسِهِ وَنَفْعَهُ نَفْعَ نَفْسِهِ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا شَهَادَةَ لِلْقَانِعِ بِأَهْلِ البَيْتِ» ....

عند شريح، قال شريح: ائت بشاهد آخر، فقال عليّ: مكان الحسن، أو مكان قنبر؟ [٢/٢٠٧/أ] قال: لا بل مكان الحسن، قال علي: أما سمعت أنه ﷺ قال للحسن والحسين: «**هُمَا سيِّدا شَبابِ أَهلِ الجَنةِ**»، قال: نعم صدق رسول الله، ولكن ائت بشاهد آخر.

قيل: عزله عن القضاء ثم أعاده عليه، وزاد في رزقه، ووقع عند عليّ أنهما مخصوصان عن الجملة بتلك الفضيلة، فانتفى التهمة عنهما، ووقع عند شريح أن السبب المانع، وهو الولادة، قائم في حقه، ولا طريق لمعرفة الصدق والكذب حقيقة في حق من هو غير معصوم عن الكذب، فينبني الحكم على السبب الظاهر، ولهذا رجع عليّ إلى قوله.

وفائدة **قوله**: (**ولا العبد لسيده**) فإن شهادة العبد غير مقبول عند أكثر أهل العلم، سواء كان لسيده أو لغيره، ذكره على سبيل الاطراد وبيان مواضع التهمة، ولهذا قال: (**ولَا المَولى لِعَبدِهِ ولا الأجِيرُ لِمَن اسْتَأْجَرَهُ**)[١].

قوله: (**«لا شهادة للقانع بأهل البيت»**)، وفي المغرب[٢] قيل: أراد بالقانع: من يكون مع القوم، كالخادم والتابع والأجير ونحوه؛ لأنه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم.

وفي الذخيرة[٣]: شهادة الأجير المشترك مقبولة، وشهادة[٤] الأجير الواحد لا استحسانًا، سواء كان مُياوَمَة أو مُشاهَرَة أو مُسانَهَة.

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٣٩، ١٤٠)، فتح القدير (٧/ ٤٠٣، ٤٠٤).
(٢) المغرب في ترتيب المعرب (١/ ٣٩٥).
(٣) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣١٩).
(٤) في الأصل: (إجارة)، والمثبت من النسخة الثانية.

وَقِيلَ: الْمُرَادُ الأَجِيرُ مُسَانَهَةً أَوْ مُشَاهَرَةً أَوْ مُيَاوَمَةً فَيَسْتَوْجِبُ الأَجْرَ بِمَنَافِعِهِ عِنْدَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ فَيَصِيرُ كَالْمُسْتَأْجَرِ عَلَيْهَا.

قَالَ: (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: تُقْبَلُ، لِأَنَّ

وفي كتاب الديات: تجوز شهادة الأجير لأستاذه، المراد: الأجير المشترك.

وفي كتاب كفالة الأصل: لا تجوز شهادة الأجير، والمراد: الأجير الخاص، والقياس أن تُقبل؛ لأنه عدل شهد لغيره من كل وجه؛ لأنه ليس له فيه ملك ولا شبهة ملك، ولا حق ولا شبهة اشتباه بسبب اتصال المنافع، ولهذا جاز شهادة الأستاذ له، ووضع الزكاة فيه.

وجه الاستحسان ما أشار إليه محمد بقوله: (والإجماع المنعقد على قول واحد من السلف حجة يترك به القياس، ويخص به الأثر) أراد به شريحًا، ولنوع من المعنى، وهو أن أجير الواحد مملوك لأستاذه من وجه، أعني به منفعة، ألا ترى أن الأجير لا يملك أن يؤاجر نفسه من غيره في مدة الإجارة، فصارت شهادته لأستاذه كشهادة المملوك لمالكه، بخلاف الأجير المشترك؛ لأنه غير مملوك، وبخلاف الأستاذ أيضًا؛ لأنه غير مملوك لأجيره، فهذا هو الحرف المعتمد في المسألة.

ولو كان أجير مشاهرة ولم يُرد به القاضي شهادته، ولم تظهر عدالته حتى مضى الشهر ثم عدل، قال: أبطل شهادته، كمن شهد لامرأته ثم طلقها قبل أن يعدل، ولو شهد ولم يكن أجيرًا، ثم صار أجيرًا قبل أن يقضي أبطل شهادته، فإن لم يبطلها حتى بطلت الإجارة، ثم أعادها ـ جاز. هكذا ذكر في العيون.

(كالمستأجر عليها) أي: على الشهادة؛ لأن شهادته عمل من أعماله، وجميع أعماله للمستأجر في مدة الإجارة.

قوله: (وقال الشافعي[١]**: تقبل)**، وقال ابن أبي ليلى[٢] والثوري[٣]

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ١٦٦)، إعانة الطالبين على حل ألفاظ المعين (٤/ ٣٢٩).
(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ١٦٦)، المحلى بالآثار (٨/ ٥٠٥).
(٣) انظر: المحلى بالآثار (٨/ ٥٠٥)، المغني (١٠/ ١٤٧).

الأَمْلَاكَ بَيْنَهُمَا مُتَمَيِّزَةٌ، وَالأَيْدِي مُتَحَيِّزَةٌ، وَلِهَذَا يَجْرِي القِصَاصُ وَالحَبْسُ بِالدَّيْنِ بَيْنَهُمَا، وَلَا مُعْتَبَرَ بِمَا فِيهِ مِن النَّفْعِ لِثُبُوتِهِ ضِمْنًا كَمَا فِي الغَرِيمِ إِذَا شَهِدَ لِمَدْيُونِهِ المُفْلِسِ.

وَلَنَا: مَا رَوَيْنَاه، وَلِأَنَّ الِانْتِفَاعَ مُتَّصِلٌ عَادَةً، وَهُوَ المَقْصُودُ، فَيَصِيرُ شَاهِدًا

والنخعي[1]: لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها؛ لأن لها حقًّا في ماله؛ لوجوب نفقتها فيه، وتقبل شهادة الزوْج لها؛ لعدم التهمة.

قوله: (والأيدي متحيزة) أي: مجتمعة بنفسها، غير متصرفة في ملك الغير، غير متعدية إليه؛ إذ الزوجية قد تكون سببًا للتنافر والعداوة، وقد تكون سببًا للميل والإيثار، فكانت الزوجية نظير الأخوة أو دونها؛ لأن الزوجية تحتمل القطع دون الأخوة، بخلاف الوالد والولد؛ لأن كل واحد منهما يتصرف في مال صاحبه[2].

قوله: (ولنا ما روينا)، وهو قوله ﷺ: «**وَلَا المَرْأَةُ لِزَوْجِهَا**»[3] إلى آخره، وبقولنا قال مالك[4] وأحمد[5].

قوله: (ولأن الانتفاع متصل عادة) حتى تعد منفعة صاحبه منفعته، ويعد الزوج غنيًّا بمالها.

قيل: تأويل قوله تعالى: ﴿وَوَجَدَكَ عَآئِلًا فَأَغْنَىٰ ۝٨﴾ [الضحى:٨] أي: بمال خديجة، وهذا لأن الاتحاد بين الزوجين أكثر ما يكون بين الوالد والولد في العادة والشريعة، فإنهما بالزوجية يصيران كشخص واحد في إقامة أسباب المعيشة.

وقد قال ﷺ: «**أُمُورٌ دَاخِلَ البَيْتِ عَلَى فَاطِمَة، وأمَورٌ خَارِجِ البَيْتِ على عَلِيٍّ**»، فالتهمة بينهما أكثر مما بين الآباء والأولاد؛ بل أظهر، فإن الإنسان قد يعادي والديه ليرضي زوجته، ولهذا يستحق أحدهما الميراث من الآخر بغير حَجْب.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ١٦٦)، المغني (١٠/ ١٤٧).
(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٠٥)، فتح القدير (٧/ ٤٠٦).
(٣) تقدم تخريجه قريبًا.
(٤) انظر: المدونة (٤/ ٢٠)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ٢٤٧).
(٥) انظر: المغني (١٠/ ١٧٤)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ٧٣، ٧٤).

لِنَفْسِهِ مِن وَجْهٍ أَوْ يَصِيرُ مُتَّهَمًا، بِخِلَافِ شَهَادَةِ الغَرِيمِ، لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ عَلَى المَشْهُودِ بِهِ.

ولو وطئ جارية امرأته وقال: ظننت أنها تحل لي لا يُحدّ، كما في جارية الأب والجد، ولأن الزوجية بمنزلة أصل [٢/٢٠٧/ب] الولادة؛ لأن الولادة تثبت من الزوجية، والحكم الثابت للفرع [يثبت في الأصل][١] وإن عدِم ذلك المعنى فيه، ألا ترى أن المحرم إذا كسر بيض صيد تلزمه قيمته، وليس فيه معنى الصيدية، ولكن أصل الصيد، إلا أن هذا الأصل إنما يلحق بالولادة في حكم يتصور قيام الزوجية عند موته، وفي القصاص لا يتصور قيام الزوجيةِ بعد قتل أحدهما صاحبه، فكان هذا جوابًا عن تعلق الشافعي بجريان القصاص بينهما. كذا في المبسوط[٢] والأسرار.

وفي المحيط[٣]: ولا تقبل شهادته لمعتدته من رجعي أو بائن؛ لقيام النكاح في بعض الأحكام، ولو شهد أحدهما لآخر في حادثة، فَرُدّتْ، فارتفعت الزوجية، فأعاد تلك الشهادة ـ لا تقبل، وبه قال مالك[٤] وأحمد[٥] والشافعي[٦] في الأصح؛ لأن القاضي لما ردها صار مكذبًا في تلك الشهادة شرعًا، فكان مكذبًا، فلا تقبل.

أما العبد والكافر والصبيّ إذا رُدّت شهادتهم، ثم أُعتِقَ وأسلَم وبلَغَ، وأعاد تلك الشهادة ـ تقبل، وبه قال الشافعي[٧] وأحمد[٨]، وعن مالك[٩] وأحمد[١٠] في رواية: لا تقبل، كما في الفسق.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٢٣).
(٣) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣٢٧).
(٤) انظر: المدونة (٤/ ٢٠)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ٢٤٧).
(٥) انظر: الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل للحجازي (٤/ ٤٤٤)، كشاف القناع على متن الإقناع (٦/ ٤٣٢).
(٦) انظر: المهذب في فقه الإمام الشافعي (٣/ ٤٥٠)، المجموع شرح المهذب للنووي (٢٠/ ٢٣٨).
(٧) انظر: الأم (٧/ ٤٩)، الحاوي الكبير (١٧/ ٢١٣).
(٨) انظر: المغني (١٠/ ١٨٤)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ٨١).
(٩) انظر: المدونة (٤/ ٢٠)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٧٣).
(١٠) انظر: المغني (١٠/ ١٨٤)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ٨١).

(وَلَا شَهَادَةُ المَوْلَى لِعَبْدِهِ) لِأَنَّهُ شَهَادَةٌ لِنَفْسِهِ مِن كُلِّ جِهَةٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى العَبْدِ دَيْنٌ أَوْ مِن وَجْهٍ إِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ، لِأَنَّ الحَالَ مَوْقُوفٌ مُرَاعَى (وَلَا لِمُكَاتَبِهِ) لِمَا قُلْنَا.

(وَلَا شَهَادَةُ الشَّرِيكِ لِشَرِيكِهِ فِيمَا هُوَ مِن شَرِكَتِهِمَا) لِأَنَّهُ شَهَادَةٌ لِنَفْسِهِ مِن وَجْهٍ لِاشْتِرَاكِهِمَا، وَلَوْ شَهِدَ بِمَا لَيْسَ مِن شَرِكَتِهِمَا تُقْبَلُ لِانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ.

(وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الأَخِ لِأَخِيهِ وَعَمِّهِ) لِانْعِدَامِ التُّهْمَةِ، لِأَنَّ الأَمْلَاكَ وَمَنَافِعَهَا مُتَبَايِنَةٌ وَلَا بُسُوطَةَ لِبَعْضِهِمْ فِي مَالِ البَعْضِ.

وقلنا: رد شهادتهم لعدم الأهلية لا لتهمة الكذب، فإذا صَارُوا أهلًا تُقبل، إليه أشار في الذخيرة[(١)].

قوله: **(ولا شهادة المولى لعبده)**، وكذا المدبرة وأم ولده ومكاتبه، وبه قالت الأئمة الثلاثة[(٢)].

وفي المبسوط[(٣)]: وكذا لا تُقبل شهادة أبي المولى وابنه وامرأته لهؤلاء، وكذا شهادة المرأة لزوجها المملوك؛ لأن وصلة الزوجية كوصلة الولاد في المنع من القبول، خلافًا للشافعي.

قوله: **(لأن الحال)** أي: حال العبد **(موقوف)** بين أن يصير للغرماء بسبب تبعهم في دينهم، أو تبقى للمولى كما كان بسبب قضائه دينه[(٤)].

قوله: **(لما قلنا)** وهو قوله: **(شهادة لنفسه من وجه)** أو من وجه.

قوله: **(من شركتهما تقبل)** هذا في شركة العنان، أما في المفاوضة لا تقبل إلا في الحدود والقصاص والنكاح والطلاق والعتاق؛ لأن ما عداها مشترك بينهما[(٥)].

قوله: **(وتقبل شهادة الأخ لأخيه وعمه)** ولا خلاف فيه، إلا أن مالكًا[(٦)]

---

(١) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣٢٦).
(٢) انظر: الذخيرة (١٠/ ٢٦٩)، إرشاد السالك إلى أشرف المسالك لشهاب الدين المالكي (ص: ١١٩)، الحاوي الكبير (١٧/ ١٥٩)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ٢٣٤)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٧٧)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ٧٤).
(٣) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٣٦، ١٣٧).
(٤) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٠٧)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٤٢).
(٥) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٠٧)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٤٣).
(٦) انظر: المدونة (٤/ ٢١)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٤/ ٢٤٧).

قَالَ: (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مُخَنَّثٍ) وَمُرَادُهُ الْمُخَنَّثُ فِي الرَّدِيءِ مِن الْأَفْعَالِ لِأَنَّهُ فَاسِقٌ، فَأَمَّا الَّذِي فِي كَلَامِهِ لِينٌ وَفِي أَعْضَائِهِ تَكَسُّرٌ فَهُوَ مَقْبُولُ الشَّهَادَةِ.

(وَلَا نَائِحَةٍ وَلَا مُغَنِّيَةٍ) لِأَنَّهُمَا يَرْتَكِبَانِ مُحَرَّمًا فَإِنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ «نَهَى عَنْ الصَّوْتَيْنِ الْأَحْمَقَيْنِ النَّائِحَةُ وَالْمُغَنِّيَةُ» ....

شرط ألا يكون في عياله، قال بعض أصحابه: يجوز بشرط ألا يكون مبرزًا له.

وقيل: بشرط أن لم تنله صلته، وقال أشهبُ: يجوز في اليسير دون الكثير، إلا أن يكون مبرزًا فيجوز في الكثير.

وقيل: تُقبل إلا فيما تتضح فيه التهمة، مثل أن يشهد له مما يكتسب به شرفًا وجاهًا، أو يدفع به مضرة، أو تقتضي الطباع [والعصبية][1] فيه الغضبِ والحمية، كشهادته بأن فلانًا قتله أو جرحه. كذا في جواهرهم[2].

قوله: (ومراد المخنَّث من في الرديء من الأفعال) إنما ذكر هذا لأن المُخَنّثْ يقولون لمن تَخنث في كلامه.

في المغرب[3]: تركيب الخنث [يدل][4] على لين وتكسّر، فقال: المراد به الذي يباشر الرديء من الأفعال، أي: أفعال النساء من التزين بِزِيّهن، والتشبه بهن في الفعل والقول، فالفعل: مثل كونه محلًّا للواطة، والقول: مثل تليين الكلام باختياره تشبهًا بالنساء. إليه أشار العلامة مولانا حميد الدين رحمه الله.

وفي الذخيرة[5]: التَخنّثُ معصية، قال ﷺ: «**لَعَنَ الله المُؤَنثينَ مِنَ الرِّجالِ والمُذكراتِ مِنَ النساءِ**»[6].

فأما الذي لم يشتهر بشيء من الأفعال الرديئة، ولكن في كلامه لينٌ خلقةً فهو عدل مقبول الشهادة، ألا ترى أن هيتا المخنث كان يدخل بيوت أزواج النبي ﷺ، حتى سَمِعَ منه النبي ﷺ كلمة شنيعة، أمر بإخراجه.

قوله: (الصوتين الأحمقين) وصف الصوت بصفة صاحبه.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٣٤).

(٣) المغرب في ترتيب المعرب (١/ ١٥٤).

(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٥) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣١٤).

(٦) أخرجه البخاري (٧/ ١٥٩ رقم ٥٨٨٦) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: لعن النبي ﷺ المخنثين من الرجال، والمترجلات من النساء، وقال: «أخرجوهم من بيوتكم».

(وَلَا مُدْمِنِ الشُّرْبِ عَلَى اللَّهْوِ) لِأَنَّهُ ارْتَكَبَ مُحَرَّمَ دِينِهِ.

اعلم أن التغني للهوى ولجمع المال حرام بلا خلاف، والتغني لدفع حزن نفسه مباح بلا خلاف، والنوح كذلك، خصوصًا إذا كان من المرأة؛ لأن رفع الصوت منها حرام بلا خلاف.

وفي الذخيرة[(١)]: ولم يَرِد بالنائحة التي تنوح في مصيبتها، وإنما أراد التي تنوح في مصيبة غيرها، اتخذت ذلك مكسبة، فلهذا لم يقيده بقوله: للناس، قال ﷺ: «**لَعَنَ اللهُ النَائِحاتِ**»، ولأنها ارتكبت معصية، وهي الغناء والنوح لطمعه في المال، فلا يؤمن أن يرتكب شهادة الزور لأجل المال، فذلك أيسر عليه من الغناء والنوح في مدة طويلة.

قوله: (ولا مدمن الشرب على اللهو)، في الصحاح[(٢)]: يقال: رجل مدمن خمر، أي: مداوم شربها، ثم أطلق الشرب على اللهو ليتناول [٢/٢٠٨/أ] جميع الأشربة المحرمة، كالخمر والسُّكر وغيرها، فشرط الإدمان في الخمر ليظهر ذلك عند الناس، حتى لو شرب الخمر سرًّا ولا يظهر ذلك - لا يخرج من العدالة وإن كان شرب الخمر كثيرًا، أو إنما تسقط عَدَالَتُهُ إذا كان يظهر ذلك، ويخرج السكران فيلعب به الصبيان. كذا في فتاوى قاضي خان[(٣)].

وفي الذخيرة[(٤)]: إذا شرط الإدمان في الشرب، وأراد به الإدمان في النيّة، يعني يشرب ومن نيته أنه يشرب بعد ذلك إذا وجده، ولا تجوز شهادة مدمن السكر، أي: في الأشربة المسكرة غير الخمر، فشرط الإدمان على السكر؛ لأن المحرم في سائر الأشربة السكر عندنا.

وكذا من يجلس مجالس الشرب والفجور لا تقبل شهادته وإن لم يشرب؛ لأنه تشبّه بهم، ولم يحترز أن يظهر عليه ما يظهر عليهم، فلا يحترز عن شهادة الزور.

وعند الشافعي[(٥)]: بمجرد شرب النبيذ لا تَرَدُّ شهادته، قال بعض أصحابه:

---

(١) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣١٥، ٣١٦).
(٢) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (٥/ ٢١١٤).
(٣) فتاوى قاضي خان (٢/ ٤٣٨).
(٤) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣١٤).
(٥) انظر: الأم (٦/ ٢٢٣)، الحاوي الكبير (١٧/ ١٨٥).

(وَلَا مَنْ يَلْعَبُ بِالطُّيُورِ) لِأَنَّهُ يُورِثُ غَفْلَةً، وَلِأَنَّهُ قَدْ يَقِفُ عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ بِصُعُودِهِ عَلَى سَطْحِهِ لِيُطَيِّرَ طَيْرَهُ، وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: وَلَا مَنْ يَلْعَبُ بِالطُّنْبُورِ، وَهُوَ الْمُغَنِّي ....

إن كان يعتقد حرمته ترد بمجرد الشرب دون السكر، قال مالك[١]: ترد بمجرد شربه ويحد، والمزني[٢] يختار ألا يحد، كما ترد شهادته بمجرد الشرب.

قوله: (ولا من يلعب بالطيور)، ولا خلاف فيه لأهل العلم، وفي قوله: (يلعب) إشارة إلى أنه لو اتخذ الحمام في بيته يستأنس بها، أو لحمل الكتب كما في ديار مصر والشام لا يكون حرامًا، ولا تسقط عدالته. ذكره في المبسوط[٣].

وفي المغني لابن قدامة الحنبلي[٤]، وفي المبسوط[٥]: اتخاذ الحمام في البيوت للاستئناس مباح، وكذا اتخاذ برج الحمام.

وفي الذخيرة[٦] ناقلًا عن شيخ الإسلام: هذا إذا كان لا يطيرهن.

أما لو يأتي بيت حمامته حمامات غيره فَتُفَرِّخُ، ثم هو يبيع ذلك ويأكل، لا يعرف حمامته من حمامة غيره يصير مرتكبًا محرمًا، وآكلًا حرامًا، فعلى هذا التقدير لا تقبل شهادته، وإن لم يقف على عورات النساء بصعود سطحه.

قوله: (وفي بعض النسخ: ولا من يلعب بالطنبور) أي: نسخ المختصر (وهو المغني).

وفي المغني لابن قدامة[٧]: الملاهي نوعان: محرم، وهو الآلات المطربة من غير غناء، كالمزمار، سَوَاءَ كان من عود أو قصب كالشبابة، أو غيره كالطنبور والعود والمعزفة؛ لما روى أبو أمامة أنه ﷺ قال: «**إِنَّ اللهَ تَعَالَى بَعَثَنِي رحمَةً لِلعالَمِينَ، وَأَمَرَنِي بِمَحْقِ المَعَازِفِ والمَزَامِير**»[٨]، ولأنه مطربٌ مصد عن ذكر الله تعالى.

---

(١) انظر: الذخيرة (١٠/ ٢٣٠)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٣٢).
(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ١٨٥)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٩/ ٢٢).
(٣) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٣٢، ١٣١).
(٤) المغني (١٠/ ١٥٢).
(٥) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٣٢).
(٦) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣١٤، ٣١٥).
(٧) المغني (١٠/ ١٥٣، ١٥٤).
(٨) أخرجه أحمد (٥/ ٢٦٨ رقم ٢٢٣٦١) من حديث أبي أمامة الباهلي ﷺ.
قال الهيثمي: فيه علي بن يزيد، وهو ضعيف. مجمع الزوائد (٥/ ٦٩).

قال: (وَلَا مَنْ يُغَنِّي لِلنَّاسِ) ....

والنوع الثاني: مباح، وهو الدُّف في النكاح، وفي معناه ما كان من حادث سرور، ويكره غيره؛ لما روي عن عمر أنه لما سمع صوت الدفِ بعث فنظر؛ فإن كان في وليمة أو ختان سكت، وإن كان في غيره عمد بالدرة، فهو مكروه على كل حال للتشبه بالنساء.

قوله: (ولا من يغني للناس)، ولا يقال: إن فيه تكرارًا؛ لأن من يُغنّي للناس يكون من الرجال والنساء، والمُغنيّة من النساء خاصة، وقيل: والأصح من الجواب أنه إنما ذكر النائحة والمغنية هناك، مع أن النوح والغناء مشترك بين الرجال والنساء؛ لورود الحديث بذلك اللفظ، ويفهم منه حكم الرجال تبعًا، فأعاد حكم الرجال جريًا على الأصل؛ إذ الأصل أن حكم النساء يستفاد من حكم الرجال؛ إذ لو اقتصر على الأول لتوهم أن ذلك حكم مخصوص بالنساء.

وقيد بقوله: **(للناس)** لأن التغني للناس مكروه باتفاق المشايخ، والتغني لإسماع الغير مكروه عند عامة المشايخ، ومن الناس من أباح ذلك في العرس والوليمة كما أبيح ضرب الدف فيهما، وإن كان فيه نوع لهو، ومنهم من قال: إذا تغنى ليستفيد به نظم القوافي ويصير فصيح اللِّسان لا بأس به.

وأما التغني لنفسه فقيل: لا يكره، وبه [أخذ][1] السرخسي؛ لما روي عن أنس أنه دخل على أخيه البراء بن مالك، وهو من زهاد الصحابة، وكان يغني.

وقيل: جميع ذلك مكروه، وبه أخذ شيخ الإسلام خواهر زاده، ويحمل حديث البراء على أنه كان ينشد الأشعار المباحة التي فيها ذكر الوعظ والحكمة، وإنشاد الشعر لا بأس به، وإن كان فيه صفة المرأة؛ فإن كانت حيّة يكره، وإن كانت ميتة لا يكره. كذا في الذخيرة[2].

وفي المغني: إذا تغنى الرجل الصالح بشعر فيه محبة لا تبطل عدالته.

أما القراءة بالألحان أباحها قوم وحظرها قوم، والمختار إن كانت الألحان

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣١٥).

لِأَنَّهُ يَجْمَعُ النَّاسَ عَلَى ارْتِكَابِ كَبِيرَةٍ.

(وَلَا مَنْ يَأتِي بَابًا مِن الكَبَائِرِ الَّتِي يَتَعَلَّقُ بِهَا الحَدُّ) لِلْفِسْقِ.

قَالَ: (وَلَا مَنْ يَدْخُلُ الحَمَّامَ مِن غَيْرِ مِئْزَرٍ) لِأَنَّ كَشْفَ العَوْرَةِ حَرَامٌ.

لا تغير الحروف عن نظمها مبَاح، وإن كانت تغير [٢/٢٠٨/ب] الحروف غير مباح. ذكره في الحلية[١] بلا خلاف.

وفي التنبيه[٢]: ولا تقبل شهادة القوّال والرّقاص والمشعوذ.

قوله: **(على ارتكاب كبيرة)**، وهو اللهو واللعب، ويصر على نوع فسق، فلا يمتنع عادة عن المحارم والكذب.

قوله: **(بابًا من الكبائر)**، ولا خلاف [فيه][٣].

واختلفوا في تفسير الكبيرة قيل: هي التسع التي ذكَرها رسول الله ﷺ في الحديث المعروف، وهو: «**الإشرَاك باللهِ، والفِرَارُ مِنَ الزّحفِ، وعُقُوقُ الوَالدينِ، وقَتلُ النفسِ بغيرِ حقٍّ، ونهبُ المؤمنِ، والزّنا، وشُربُ الخمرِ**»[٤] وهو قول أهل الحجاز وأهل الحديث، وزاد بعضهم على هذه التسع أكل الربا وأكل مال اليتيم بغير حق.

وقيل: ما ثبتت حرمته بنص القرآن، وقيل: ما فيه حد أو قتل، وقيل: ما كان حرامًا بعينه، وقيل: وأصح ما قيل فيه ما نقل عن الحلواني: ما كان شنيعًا بين المسلمين، وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين، فهو كبيرة، وكذا الإعانة على المعاصي والفجور والحث عليها من جملة الكبائر. كذا في الذخيرة والمحيط[٥].

قوله: **(لأن كشف العورة حرام)**، قال ﷺ: «**لَعَنَ اللهُ النّاظر والمَنْظور إليهِ**»[٦]، وقبول الشهادة كرامة فلا يستحقها من يستحق اللعن، ولا خلاف فيه

---

(١) انظر: حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣/ ١١٩٤).

(٢) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي (١/ ٢٦٩).

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ١٨٦ رقم ٢١٢٧٠) من حديث عمير بن قتادة الليثي ﵁.

(٥) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣١٢).

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٩٩ رقم ١٣٩٥٠) من حيث الحسن البصري قال: بلغني أن رسول الله ﷺ قال: «لعن الله الناظر والمنظور إليه».

وقال: هذا مرسل، وضعفه الفتني في تذكرة الموضوعات (ص ١٠).

(أَوْ يَأْكُلُ الرِّبَا أَوْ يُقَامِرُ بِالنَّرْدِ وَالشِّطْرَنْجِ) لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِن الكَبَائِرِ، وَكَذَلِكَ مَنْ تَفُوتُهُ الصَّلَاةُ لِلِاشْتِغَالِ بِهِمَا، فَأَمَّا مُجَرَّدُ اللَّعِبِ بِالشِّطْرَنْجِ فَلَيْسَ بِفِسْقٍ مَانِعٍ مِن الشَّهَادَةِ، لِأَنَّ لِلِاجْتِهَادِ فِيهِ مَسَاغًا ....

للفقهاء، وقد مرَّ بيان العورة في الصلاة، وعن الكرخي: من مشى في طريق بسراويل ليس عليه غيره لا تُقبل شهادته.

قوله: (لأن للاجتهاد) فإن الشافعي[1] ومالك[2] قالا بإباحته مع الكراهة إذا لم يكن بالشرائط الثلاثة المذكورة، وأبو زيد الحكيم يختار قولهما. ذكره في الذخيرة[3].

وعندنا وأحمد[4] حرام لقوله ﷺ: «**مَنْ لَعِبَ بالنردِشير فَقَد عَصى الله وَرَسُوله**»، رواه أبو داود[5]. قيل: هو الشطرنج.

ومرَّ عليٌّ عليه السلام على قوم يلعبون بالشطرنج، فقال: ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون!

أما النرد فحرام بالإجماع، قال ﷺ: «**مَنْ لَعِبَ بالنردِ ملعونٌ**» ذكره في الذخيرة[6]، وسيجيئ في الكراهة إن شاء الله تعالى.

واللعب بالشطرنج يمنع قبول الشهادة بالإجماع[7] إذا كان مدمنًا عليه، أو يُقامر، أو تفوته الصلاة، أو أكثر عليه الحلف بالكذب والباطل.

وفي التنبيه[8]: من لعب بالشطرنج في الطريق لا تقبل شهادته.

---

(١) انظر: الأم (٦/ ٢٢٤)، الحاوي الكبير (١٧/ ١٧٨).
(٢) انظر: المدونة (٤/ ١٩)، الذخيرة (١٠/ ٢١٥).
(٣) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣١٦).
(٤) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٧٣)، المغني (١٠/ ١٥١).
(٥) أخرجه أبو داود (٤٨٢٨٥ رقم ٤٩٣٨)، وابن ماجه (٢/ ١٢٣٧ رقم ٣٧٦٢)، وابن حبان (١٣/ ١٨١ رقم ٥٨٧٢)، والحاكم (١/ ٥٠ رقم ١٦٠) من حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه.
قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه، وصححه ابن الملقن في البدر المنير (٩/ ٦٣١).
(٦) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣١٦).
(٧) انظر: الإجماع لابن المنذر (١/ ٦٧)، المحلى بالآثار (٨/ ٤٧٥).
(٨) انظر: التنبيه في الفقه الشافعي (١/ ٢٦٩).

وَشَرَطَ فِي الأَصْلِ: أَنْ يَكُونَ آكِلُ الرِّبَا مَشْهُورًا بِهِ، لِأَنَّ الإِنْسَانَ قَلَّمَا يَنْجُو عَنْ مُبَاشَرَةِ العُقُودِ الفَاسِدَةِ وَكُلُّ ذَلِكَ رِبًا.

قَالَ: (وَلَا مَنْ يَفْعَلُ الأَفْعَالَ المُسْتَحْقَرَةَ، كَالبَوْلِ عَلَى الطَّرِيقِ وَالأَكْلِ عَلَى الطَّرِيقِ) لِأَنَّهُ تَارِكٌ لِلْمُرُوءَةِ، وَإِذَا كَانَ لَا يَسْتَحْيِي عَنْ مِثْلِ ذَلِكَ لَا يَمْتَنِعُ عَنِ الكَذِبِ فَيُتَّهَمُ.

قوله: (وشرط) أي: محمد **(في الأصل)** أي: المبسوط[(١)].

(وكل ذلك ربا) أي: في معنى الرّبا، والرّبا حرام بالنص، فعلم أن عدالته لا تسقط بمجرد أكل الربا إذا لم يكن مشهورًا ومصرًّا عليه، وعن هذا وقع الفرق بين الربا وأكل مال اليتيم، فإن الإدمان فيه غير شرط.

واختلف المشايخ في علته قيل: إنما شرط ذلك؛ لأن الإنسان عسى أن يبتلى بذلك؛ لأنه لا يمكنه التحرز عن البياعات الفاسدة، فقد لا يهتدي إلى ذلك، فلو رُدت شهادة من ابتلي به لا يبقى في الدنيا مقبول الشهادة، فلذلك شرط أن يكون مشهورًا به، وقيل: إنما شرط ذلك؛ لأن الرِّبا ليس بحرام محض؛ لأن عقد الربا يفيد الملك في الزيادة عندنا بعد القبض، والملك مبيح للأكل في غير الخمر وإن كانت حرمة السبب تمنع الأكل، فلم يكن حرامًا محضًا، فكان ناقصًا في كونه كبيرة، فشرط الإدمان.

قوله: (المستحقرة)، وفي بعض النُّسخ: **(المستقبحة)**، وفي بعضها: **(المستخفة)** من الاستحقار، والاستقباح، والاستخفاف، وصحح في المغرب هذه الأخيرة دون غيرها، وقال: سخيفة نسبة إلى السخف، وهو رقة العقل، من قولهم: ثوب سخيف: إذا كان قليل الغزل، وعليه ما في المختصر: لا تقبل شهادة من يفعل الأفعال المستخفة[(٢)]، ثم قال: وهكذا كان بخط شيخنا وتصحيحه، والمستخفة، بفتح الخاء وكسرها[(٣)].

(أو يأكل على الطريق) يعني بمرأى الناس **(لأنه تارك للمروءة)**.

وفي فتاوى قاضي خان[(٤)]: لا تُقبل شهادة من يأكل في السوق بين أيدي

---

(١) انظر: المبسوط (١٦/ ١٣١).
(٢) كذا في الأصول الخطية، وفي المغرب: (الْمُسَخِّفَة).
(٣) المغرب في ترتيب المعرب (ص ٢٢٠).
(٤) فتاوى قاضي خان (٢/ ٤٣٩).

....

الناس؛ لأن ذلك لا يفعل من كان له مروءة، وكل فعل فيه ترك المروءة يوجب سقوط شهادته بلا خلاف بين الأئمة الأربعة، حتى لو مشى في السوق أو في مجامع الناس بسراويل واحد لا تقبل شهادته، وكذا من يمد رجليه عند الناس، أو يكشف رأسه في موضع لا عادة فيه، وما أشبه ذلك [٢/ ٢٠٩/أ] مما يجتنبه أهل المروءات بلا خلاف؛ لقوله ﷺ: «**إنّ مِمَّا أدرَك الناس من كلام النبوةِ الأولَى: إذَا لم تَسْتَحْيِ فاصْنَع ما شئتَ**»[١]، ولأنه إذا لم يكن له مروءة لَا يأنف من الكذب، وفي أصحاب الصنائع الدنيئة، كالكسّاح والزّبال والكنّاس والحجّار، والحائك فيه وجهان.

قال بعض العلماء: لا تقبل شهادة أهل الصناعات، وبه قال الشافعي[٢] وأحمد[٣] في وجه؛ لكثرة خلفهم في الوعد، ودناءة صنعتهم في الدنية، وقال عامة العلماء: يجوز إذا كانوا عدولًا، وبه قال الشافعي[٤] في وجه، وأحمد[٥] ومالك[٦]، وهو الأصح؛ لأنه قد تولاها كثير من الصالحين وأهل المروءة.

وفي المحيط[٧]: لا تُقبل شهادة النخاسين والدلالين؛ لأنهم يكذبون كثيرًا، فأما من كان عدلًا منهم تقبل شهادته.

بائع الأكفان لا تُقبل، قال شمس الأئمة: هذا إذا ترصد لذلك العمل، فأما إذا كان يبيع ويشتري الثياب، ويشتري منه الأكفان تقبل؛ لعدم تمنيه الموت والطاعون.

في الذخيرة[٨] قيل: لا تُقبل شهادة الصكاكين؛ لأنهم يكتبون: هذا ما اشترى فلان بن فلان وقبض المبيع، والبائع الثمن وضمن الدرك، ولم يكن

---

(١) أخرجه البخاري (٨/ ٢٩ رقم ٦١٢٠) من حديث أبي مسعود البدري رضي الله عنه.
(٢) الحاوي الكبير (١٧/ ١٥٤)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٩/ ٨).
(٣) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٧٣)، المغني (١٠/ ١٥٠).
(٤) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ١٥٤)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٩/ ٨).
(٥) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٧٣)، المغني (١٠/ ١٥٠).
(٦) انظر: الذخيرة (١٠/ ٢٠٢)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٣٢).
(٧) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣٢٠).
(٨) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣٢٠).

....

شيء من ذلك، فيكون كذبًا محضًا، ولا فرق في[1] بين الكذب [بين القول][2] والكتابة، والصحيح أنه يقبل إذا كان غالب أحوالهم الصلاح.

ولا تُقبل شهادة القروي والأعرابي البدوي عند بعض العلماء، وعند مالك[3] لا تُقبل شهادة البدوي على القروي في غير الدماء. ذكره في الجواهر[4].

وقال عامة العلماء: تقبل إذا كان عدلًا، عالمًا بكيفية الشهادة تحملًا وأداء.

وقيل: حقيقة المروءة ألا يأتي الإنسان ما يعتذر منه مما يبخسه عن مرتبته عند أهل الفضل.

وقيل: المراد بها السمت الحسن، وحفظ واللسان، وتجنب السخف والمُجون، والارتفاع عن كل خلق رديء. ذكره في الجواهر المالكية[5].

وفي مناقب أبي حنيفة: لا تقبل شهادة البخيل، وقال مالك[6]: إن أفرط في البخل لا تقبل؛ لأن الإفراط فيه يؤديه إلى منع الحقوق، وأخذ ما ليس بحق.

ولا تقبل شهادة الطُّفيليّ والمشعْوِذ والرّقاص والمسْخرة بلا خلاف.

قال نصير بن يحيى: من شتم أهله ومماليكه كثيرًا في كل ساعة لا تقبل شهادته، وإن كان أحيانًا تقبل[7].

وفي المحيط[8]: لا تقبل شهادة الشتّام للناس والحيَوان.

وفي جامع شمس الأئمة: ولا تقبل شهادة من يجازف في كلامه، ولا خلاف فيه، وحُكيَ أن الفضل بن ربيع وزير الخليفة شهد عند أبي يوسف فردّ

---

(١) في الأصل: (بين)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) انظر: الذخيرة (١٠/ ٢٨٤)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٤٠).
(٤) انظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٤٠).
(٥) انظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٣٢).
(٦) انظر: الذخيرة (١٠/ ٢٠٢)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٣٢).
(٧) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٥٠)، فتح القدير (٧/ ٤١٥).
(٨) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣٢٠).

(وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ يُظْهِرُ سَبَّ السَّلَفِ) لِظُهُورِ فِسْقِهِ بِخِلَافِ مَنْ يَكْتُمُهُ.

(وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ الْأَهْوَاءِ إِلَّا الْخَطَّابِيَّةَ) ....

شهادته، فشكاه إلى الخليفة، فقال الخليفة: إنه وزيري، رجل دين لا يشهد بالزور، فلم ردَدّت شهادته؟ قال: لإني سمعته يومًا قال للخليفة: أنا عبدك، فإن كان صادقًا فلا شهادة للعبد، وإن كان كاذبًا فكذلك أيضًا؛ لأنه إذا لم يبالِ في مجلسك بالكذب، فلا يبالي في مجلسي أيضًا، فعذره الخليفة[١].

قوله: (ولا من يظهر سب السلف)، والمراد من السلف: الصحابة، والتابعون، وأبو حنيفة وأصحابه، والسلف: جمع سالف، وهو الماضي، وفي الشرع اسم لكل من يُقلَّد مذهبه، ويُقتفَي أثره في الدين كأبي حنيفة وأصحابه، فإنهم سلفنا، والصحابة والتابعون سلف لأبي حنيفة وأصحابه.

وفي الذخيرة[٢]: قال أبو يوسف: لا أجيز شهادة من يشتم أصحاب رسول الله ﷺ؛ لأنه لو شتم واحدًا من الناس لا يجوز شهادته، فهو أولى.

وفي المحيط: لا تُقبل شهادة من عُرف بالمجانة، قيل: المجانة شتم أصحاب رسول الله ﷺ، وقيل: قصور عقله ودينه ومن لم يمتنع عنها لا يمتنع عن الكذب، ولا خلاف فيه.

قوله: (وتقبل شهادة أهل الأهواء) الهوى: ميلان النفس إلى ما يستلذ به من غير داعية الشرع، وإنما سموا به؛ لمتابعتهم النفس، ومخالفتهم السنة والجماعة.

وفي الذخيرة[٣]: تُقبل شهادته إذا كان هوى لا يكفر به صاحبه، ولا يكون ماجنًا، ويكون عدلًا في تعاطيه، وهو الصحيح، واستدل محمد[٤] في الكتاب لبيان ذلك، فقال: أرأيت أن أصحاب رسول الله ساعدوا معاوية على مخالفة عليٍّ، لو شهدوا بين يديْ عليٍّ أكان يردّ شهادتهم! ولا شك أن مخالفة عليٍّ بعد

---

(١) انظر: فتح القدير (٧/ ٤١٥)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧/ ٩٢).

(٢) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣٢١، ٣٢٢).

(٣) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣١٢).

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٣٢، ١٣٣).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: لَا تُقْبَلُ، ....

عثمان بدعة وهوى، فكيف الخروج عليه بالمسايفة! لكن لما كان عن تأويل وبِدِينٍ ـ لم يمنع قبول الشهادة.

وأصول أهل الأهواء ستة: الجبر [٢/٢٠٩/ب] والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل، وكل واحد يصير اثني عشر فرقة، فيبلغ إلى اثنين وسبعين، إلا الخطابيّة.

وفي شرح الأقطع: هم قوم ينسبون إلى أبي الخطاب، رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى، وكان يزعم أن عليًّا الإله الأكبر، وجعفر الصادق الإله الأصغر، وكانوا يعتقدون أن من ادعى منهم شيئًا على غيره يجب أن يشهد له بقية شيعته.

وفي المغرب[(١)]: طائفة من الرافضة نسبوا إلى أبي الخطاب محمد بن أبي وهب الأجدع، رُويَ: طرده جعفر الصادق لما ادعى في نفسه أنه إله، وزعم أتباعه أن جعفرًا إله[(٢)].

وأما رواية الأخبار من أهل الأهواء اختلف فيه مشايخنا، والأصح عندي لا تقبل. كذا في المبسوط[(٣)].

قوله: (وقال الشافعي[(٤)]: لا تقبل)، في الحلية[(٥)]: قال الشافعي: لا تردّ شهادة أحد من أهل الأهواء إلا الخطابيّة، فإنهم يشهد بعضهم لبعض بتصديقه، وقال أبو حامد من أصحابنا: من أهل الأهواء من يفسق كالخوارج والروافض، فلا تُقبل شهادتهم، وبعضهم يكفر، كمن يقول بخلق القرآن، ونفي الرؤية، وإضافة المشيئة إلى نفسه، فلا تُقبل، وهذا خلاف ظاهر كلام الشافعي.

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب (١/١٤٨).
(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤١٥، ٤١٦)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٥١).
(٣) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٣٣).
(٤) انظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ٢٣٩، ٢٤٠)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٤/ ٣٥٣).
(٥) حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣/ ١١٩٧).

لِأَنَّهُ أَغْلَظُ وُجُوهُ الفِسْقِ. وَلَنَا: أَنَّهُ فِسْقٌ مِن حَيْثُ الِاعْتِقَادُ وَمَا أَوْقَعَهُ فِيهِ إِلَّا تَدَيُّنُهُ بِهِ وَصَارَ كَمَنْ يَشْرَبُ المُثَلَّثَ أَوْ يَأْكُلُ مَتْرُوكَ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا مُسْتَبِيحًا لِذَلِكَ، بِخِلَافِ الفِسْقِ مِن حَيْثُ التَّعَاطِي.

أَمَّا الخَطَّابِيَّةُ: فَهُمْ مِن غُلَاةِ الرَّوَافِضِ، يَعْتَقِدُونَ الشَّهَادَةَ لِكُلِّ مَنْ حَلَفَ عِنْدَهُمْ. وَقِيلَ: يَرَوْنَ الشَّهَادَةَ لِشِيعَتِهِمْ وَاجِبَةً فَتَمَكَّنَتْ التُّهْمَةُ فِي شَهَادَتِهِمْ.

قَالَ: (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ الذِّمَّةِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ مِلَلُهُمْ).

وقال مالك[1]: لا تُقبل شهادة أحد من أهل الأهواء.

(لأنه أغلظ وجوه الفسق)، وقال أحمد[2]: لا تُقبل شهادة ثلاثة منهم: القدريّة والجهميّة والرافضة، وقال أبو إسحاق: من قدّم عليًّا على أبي بكر في الإمامة فسق، وما نقل في الكتاب قول مالك على إطلاقه، وقول أبي حامد من أصحاب الشافعي.

قوله: (وما أوقعه فيه) أي: في الأهواء **(إلا تدينه)** أي: تعمقه في الدين، ألا ترى أن منهم من يعظم الذنب حتى يجعله كفرًا! فيكون ممتنعًا عن الكذب فكان.

(كمن شرب المثلث، أو [يأكل][3] **متروك التسمية عامدًا مستبيحًا لذلك)** أي: معتقدًا إباحته، فإنه لا ترد شهادته، كذا هذا. كذا في المبسوط[4].

قوله: (بعضهم على بعض) احترز به عما يأتي بعدُ بأن شهادة الحربي لا تقبل.

وبقوله: (وإن اختلفت مللهم) احترز عن قول ابن أبي ليلى، وأبي عبيد أن في اختلاف المِلّة لا تقبل، كشهادة اليهود على النصارى، وبالعكس؛ لقوله ﷺ: «**لا شَهَادَةَ لأهلِ المِلّةِ لأهلِ مِلّةٍ أُخرى إلّا المُسْلِمِينَ فَشهادَتُهُمْ**

---

(١) انظر: الذخيرة (١٠/ ٢١٥، ٢١٦)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٣١).
(٢) انظر: المغني (١٠/ ١٤٦)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ٤٠).
(٣) ليست بالنسختين، وأثبتناها من المتن.
(٤) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٣٣).

وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَا تُقْبَلُ لِأَنَّهُ فَاسِقٌ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَٱلْكَٰفِرُونَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾ [البقرة: ٢٥٤] فَيَجِبُ التَّوَقُّفُ فِي خَبَرِهِ، وَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى الْمُسْلِمِ فَصَارَ كَالْمُرْتَدِّ. وَلَنَا: مَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَجَازَ

مَقْبُولَةٌ عَلَى أهلِ الملل»، وقال الشافعي[(١)] ومالك[(٢)]: لا تقبل، وقال أحمد[(٣)]: لا تقبل شهادة كافر بحال.

أما شهادة أهل الكتاب في السفر في الوصية إذا لم يكن غيرهم ـ تُقبل، ويستحلف مع شهادته بعد العصر؛ لقوله تعالى: ﴿إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ﴾ إلى قوله: ﴿أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ [المائدة:١٠٦]، والآية نزلت في تميم الداري وعدي، وكانا نصرانيين شهدا بوصية مولى عمرو بن العاص، روى هذه القصة أبو داود وغيره[(٤)].

وعن أحمد[(٥)]: مثل قولنا، واحتج الشافعي[(٦)] بقوله تعالى: ﴿أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا﴾ [السجدة:١٨] أراد به الكافر؛ إذ الفسق: خروج، يقال: فسقت الرطبة: إذا خرجت من قشرها، وسمّي المسلم به لخروجه عن حد الدين تعاطيًا، والكافر خرج عن حد الدين اعتقادًا، فوجب التوقف في خبره بالنص، ولأنه تعالى قال: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق:٢] وقال: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة:٢٨٢] والكافر ليس بعدل ولا مرضيٍّ ولا هو منّا، وقال تعالى: ﴿وَٱلْكَٰفِرُونَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾ [البقرة:٢٥٤] والظالم ليس بعدل ولا مرضي، ووقع في أكثر نسخ الهداية: والكافرون هم الفاسقون.

وفي النهاية: النسخة المصححة بتصحيح شيخي: قال [تعالى][(٧)]: للكافرين هم الفاسقون، إذ في القرآن: ﴿وَٱلْكَٰفِرُونَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾[(٨)].

قوله: (فصار كالمرتد) لا تقبل شهادة المرتد على جنسه وخلاف جنسه،

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٦١)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٨/ ٦٢٧).
(٢) انظر: المدونة (٤/ ٢١)، الذخيرة (١٠/ ٢٢٤).
(٣) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٧١)، المغني (١٠/ ١٦٦).
(٤) أخرجه البخاري (٤/ ١٣ رقم ٢٧٨٠) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
(٥) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٧١)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ٣٣).
(٦) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ١٤٩).
(٧) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٨) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤١٨)، فتح القدير (٧/ ٤١٧).

شَهَادَةَ النَّصَارَى بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ، وَلِأَنَّهُ مِن أَهْلِ الوِلَايَةِ عَلَى نَفْسِهِ وَأَوْلَادِهِ الصِّغَارِ فَيَكُونُ مِن أَهْلِ الشَّهَادَةِ عَلَى جِنْسِهِ، وَالفِسْقُ مِن حَيْثُ الِاعْتِقَادُ غَيْرُ مَانِعٍ، لِأَنَّهُ يَجْتَنِبُ مَا يَعْتَقِدُهُ مُحَرَّمَ دِينِهِ، وَالكَذِبُ مَحْظُورُ الأَدْيَانِ، بِخِلَافِ المُرْتَدِّ، ......

ولهما: وإذا لم يكن من أهل الشهادة على المسلم لا يكون من أهل الشهادة على أحد، كالعبد، بل أولى؛ لأن الرِّق من أثر الكفر، فإذا كان مخرجًا عن أهلية الشهادة، فأصل الكفر أولى، ولأنا لو قبلنا شهادتهم لأوجبنا الحكم على القاضي بشهادتهم، وبقولهم لا يلزم على المسلم شيء.

ولنا ما روى ابن ماجه أنه ﷺ «**أَجَازَ شَهَادَةَ بَعْضِ أَهلِ الذِّمةِ عَلَى بَعْضُهُمْ**»[١]، وما روى أبو داود من قصة مولى عمرو بن العاص في سبب نزول الآية، فإذا جاز شهادتهم على وصية مسلم فمن الضرورة أن تجوز على وصية كافر، [٢١٠/أ] وما ثبت بضرورة النص أو دلالته كالمنصوص، ثم انتسخ ذلك في حق المسلم بانتساخ حكم ولايتهم على المسلمين بقوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء:١٤١]، فنفى حكم الشهادة فيما بينهم على نيتهم على ما ثبت بدلالة النص أو ضرورته، وليس من ضرورة انتساخ شهادتهم على المسلمين انتساخ شهادة بعضهم على بعض كالولاية، ألا ترى: روي أنه عليه الصلاة والسلام «**رَجَمَ يَهوديّين بِشَهادَةِ أربعةٍ مِنْهُم**»[٢].

قوله: (والكذب محظور الأديان)، فإن قيل: لا نسلم هذا، فإنه تعالى أخبر أنهم ينكرون الآيات عنادًا مع علمهم بأنها حق، وكان ذلك كذبًا منهم قال تعالى: ﴿وَجَحَدُوا۟ بِهَا وَٱسْتَيْقَنَتْهَآ أَنفُسُهُمْ﴾ [النمل:١٤].

قلنا: ذلك في الأحبار الذين كانوا على عهد النبي ﷺ، حيث تواطؤوا على كتمان بعث النبي ﷺ ونبوته، فلا شهادة لأولئك عندنا، فأما من سواهم

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٩٤ رقم ٢٣٧٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ١٦٥ رقم ٢١١٣٨) من حديث جابر بن عبد الله ﷺ: أن رسول الله ﷺ أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض.
قال البيهقي: هكذا رواه أبو خالد الأحمر عن مجالد وهو مما أخطأ فيه، وإنما رواه غيره عن مجالد عن الشعبى، عن شريح من قوله وحكمه غير مرفوع.
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٥٣)، فتح القدير (٧/ ٤١٩).

لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ، وَبِخِلَافِ شَهَادَةِ الذِّمِّيِّ عَلَى الْمُسْلِمِ، لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ بِالإِضَافَةِ إِلَيْهِ، ....

فيعتقدون الكفر؛ لأن عندهم أن الحقّ ما هم عليه، قال تعالى: ﴿وَمِنْهُمْ أُمِّيُّونَ لَا يَعْلَمُونَ ٱلْكِتَٰبَ إِلَّآ أَمَانِيَّ﴾ [البقرة:٧٨]، وقال تعالى: ﴿وَإِنَّ فَرِيقًا مِّنْهُمْ لَيَكْتُمُونَ ٱلْحَقَّ﴾ [البقرة:١٤٦] فتبين أن فسقهم فسق اعتقاد، وفسق الاعتقاد لا يمكن تهمة الكذب في الشهادة كما في أهل الأهواء، كذا قيل، وأما الآية فإن الرضا ثبت في حق الكافر في حق المعاملات بصفة الأمانة؛ لأنه تعالى وصفهم بذلك، قال: ﴿وَمِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ﴾ [آل عمران:٧٥] وهذه الآية خرجت مخرج الوصف له بالأمانة، وفعل الأمانة مرضيٌّ الله تعالى، وإن لم يكن الكافر مرضيَّهُ؛ لكفره، ولمّا كان مؤتمنًا في المعاملات كن مؤتمنًا في الشهادة؛ لأن الشهادة من أداء الأمانات، وأما العبد فإنه لا شهادة له؛ لعدم أهلية الولاية له، أما الكافر من أهل الولاية في جنسِهِ، فيكون من أهل الشهادة، قال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال:٧٣] والمراد منه: الولاية دون الموالاة، بدليل صحة أنكحتهم فيما بينهم، ولا نكاح إلا بولي في حق الأكثرين، والمسلم إذا خطب إلى كتابي ابنته الصغيرة، فزوجها منه ـ جاز النكاح.

وأما قوله: لأوجبنا القضاء على القاضي بقول الكافر، فقلنا: ليس كذلك؛ لأن القضاء وجب عليه بِتَقَلّدِهِ عند قيام الحجة، وباعتبار أنه التزم أداء أمانة القضاء لا أن يكون الوجوب بقوله، كما لو لزم على القاضي النظر للغائب والصغير لا بإيجاب من قبلهما؛ بل باعتبار أداء أمانة تحمّلهَا. إليه أشار في الأسرار والمبسوط(١) والإيضاح.

قوله: (لأنه) أي: لأن الذمي **(لا ولاية له)** أي: للذمي، وفي النهاية: الضمير في **(لأنه)** للشأن، أي: لأن الشأن أن لا ولاية للذمي على المسلم.

(بالإضافة إليه) أي: بالنسبة إلى المسلم، هذا احتراز عن الإضافة إلى الكافر، فإن له ولاية على ذمي آخر أو حربي على ما ذكرنا.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٣٥).

وَلِأَنَّهُ يَتَقَوَّلُ عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ يَغِيظُهُ قَهْرُهُ إِيَّاهُ، وَمِلَلُ الكُفْرِ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ فَلَا قَهْرَ فَلَا يَحْمِلُهُمْ الغَيْظُ عَلَى التَّقَوُّلِ.

قَالَ: (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الحَرْبِيِّ عَلَى الذِّمِّيِّ) أَرَادَ بِهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ: المُسْتَأْمَنُ، لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ، لِأَنَّ الذِّمِّيَّ مِن أَهْلِ دَارِنَا وَهُوَ أَعْلَى حَالًا مِنهُ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ

(ولأنه) أي: ولأن الذمي (يتقول عليه) أي: يفتري على المسلم.

(لأنه) أي: لأن المسلم، وفي النهاية: الضمير للشأن، أي: لأن الشأن هو أن يُسخِط الذميَّ.

(قهرُه) أي: قهر المسلم، (إياه) أي: الذمي[1].

وقوله: (وملل[2] الكفر وإن اختلفت) إلى آخره: جواب سؤال يرد على أصل المسألة، وهو قوله: (وتقبل شهادة بعضهم وإن اختلفت مللهم)[3] بأن يقول: المعاداة ظاهرة بين اليهود والنصارى، وهم غير محقين في ذلك، قال تعالى: ﴿وَقَالَتِ ٱلْيَهُودُ لَيْسَتِ ٱلنَّصَٰرَىٰ عَلَىٰ شَيْءٍ وَقَالَتِ ٱلنَّصَٰرَىٰ لَيْسَتِ ٱلْيَهُودُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [البقرة:١١٣] فينبغي ألا تقبل، كما هو مذهب ابن أبي ليلى.

فأجاب عنه يقول: (وملل الكفر وإن اختلفت) إلى آخره، يعني وإن اختلفت مللهم لم [يصر][4] بعضهم مقهورَ بعض ليحملهم ذلك على التقول، بل كلهم مقهورُون تحت أيدي المسلمين، ويعطون الجزية[5].

قوله: (أراد به) أي: بالحربي (المستأمن) وإنما قيد به؛ لأن الحربي لو دخل بغير استئمان يؤخذ قهرًا، ويُستَرَقُّ ويصير عَبدًا، ولا تُقبل شهادة العبد على أحد.

(وهو أعلى) أي: الذمي أعلى من المستأمن؛ لأنه قبل حِلْفِ الإسلام وهو الجِزيَة فيكون أقرب الإسلام ولهذا يقتل المسلم بالذمي[6].

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٥٤)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧/ ٩٤).
(٢) في الأصل: (علل) والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) انظر المتن ص ٥٥٥.
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٥) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤١٨)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٥٤).
(٦) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤١٩)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٥٤).

الذِّمِّيِّ عَلَيْهِ كَشَهَادَةِ المُسْلِمِ عَلَيْهِ وَعَلَى الذِّمِّيِّ (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ المُسْتَأْمَنِينَ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ إِذَا كَانُوا مِن أَهْلِ دَارٍ وَاحِدَةٍ، فَإِنْ كَانُوا مِن دَارَيْنِ كَالرُّومِ وَالتُّرْكِ لَا تُقْبَلُ) لِأَنَّ اخْتِلَافَ الدَّارَيْنِ يَقْطَعُ الوِلَايَةَ، وَلِهَذَا يَمْنَعُ التَّوَارُثَ، بِخِلَافِ الذِّمِّيِّ، لِأَنَّهُ مِن أَهْلِ دَارِنَا، وَلَا كَذَلِكَ المُسْتَأْمَنُ.

(وَإِنْ كَانَتْ الحَسَنَاتُ أَغْلَبُ مِن السَّيِّئَاتِ وَالرَّجُلُ مِمَّنْ يَجْتَنِبُ الكَبَائِرَ ....

وقوله: (بخلاف الذمي) متصل **بقوله: (وإن كانوا من دارين)** يعني تقبل شهادته على المستأمن وإن كانا من أهل [٢/ ٢١٠/ب] دارين مختلفين؛ لأن الذمي بعقد الذمة صار كالمسلم لما قلنا، وتقبل شهادة المسلم على المستأمن، فكذا شهادته، وإنما لا يجري التوارث بين الذمي والمستأمن؛ لأن المستأمن من أهل دارنا فيما يرجع إلى المعاملات، والشهادة منها، ومن أهل دار الحرب في الإرث والمال[(١)].

قوله: (والرجل يجتنب الكبائر) أي: كلها، وقد مرَّ تفسير الكبيرة، يقال: ألَمَّ بمعصية، أي: أذنب بمعصية صغيرة، مشتق من اللمم، وهو ما دون الفاحشة من صغار الذنوب.

وفي الذخيرة[(٢)]: والحاصل أن ارتكاب الكبيرة يوجب سقوط العدالة، وارتكاب الصغيرة لا يوجب سقوطها؛ لأن ارتكاب الكبيرة يدل على شهادة الزور؛ لأنها في الحرمة كالكبيرة، فيستدل بوجود الكبيرة على شهادة الزور، أما ارتكاب الصغيرة لا يدل على شهادة الزور؛ لأنها كبيرة، فلا يوجب سقوطها، إلا أن يُصِرَّ على الصغيرة؛ لأن الصغيرة تصير كبيرة بالإصرار، قال ﷺ: «**لَا صَغِيرَةَ مع الإِصرارِ ولَا كَبيرَة مَع الاسْتِغْفَار**»[(٣)]، ولأن أحدًا من الناس لا يخلو

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٢٠)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٥٥).

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣١١).

(٣) قال العراقي: رواه أبو الشيخ ومن طريقه الديلمي في مسند الفردوس....، قال ابن طاهر: أبو شيبة الخراساني قال البخاري: لا يتابع على حديثه، ومن هذا الوجه أخرجه العسكري في الأمثال، والقضاعي في مسند الشهاب وسنده ضعيف. تخريج أحاديث الإحياء (٥/ ٢١٠٤).

....

عن صغيرة، ولهذا روى أنه ﷺ قال: «**إنْ تَغْفِرِ اللّهُم فاغْفِرِ جَمًّا، وأيُّ عبدٍ لكَ لا أَلَمَّا**»[(١)].

وقال شمس الأئمة: الناس لا تخلو عن إتيان ما هو مشروع له، وعن ارتكاب صغيرة، فيُعتبر في ذلك الغالب، يريد به في حق الصغائر، فإن كان غالب أحواله الإتيان بما هو مأذون به شرعًا، وإن لم يخل عن الصغيرة كان جائز الشهادة بعد أن يجتنب الكبيرة، وإليه أشار قوله تعالى: ﴿فَمَن ثَقُلَتۡ مَوَٰزِينُهُۥ فَأُوْلَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡمُفۡلِحُونَ﴾ [الأعراف:٨] ولا خلاف فيه للفقهاء.

وفي المحيط[(٢)]: وأحسن ما قيل في صفة العدل ما روي عن أبي يوسف أن الذي لا يأتي بالكبيرة، ولا يصر على الصغيرة، ويكون ستره أكثر من هتكه، وصوابه أكثر من خَطَائِهِ، ومروءته ظاهرة، ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروءة.

وقيل: المروءة في الدين الاجتناب عن الكبائر وعن الإصرار على الصغائر، ولو ترك الصلاة في الجماعة استخفافًا أو مهانة ترد شهادته، قيل: لم يُرِد بالاستخفافِ الاستهزاءَ؛ لأن الاستهزاء كفر، بل أراد التهاون والكسل، هذا إذا تركها بلا تأويل، والتأويل أن يكون الإمام طامعًا، أو يؤخر الأداء وهو يعتقده في أول الوقت، والذي يبتلى بالكذب أحيانًا، ولا يكون مشهورًا به ـ تقبل شهادته.

وقيل: الكذب من أعظم الكبائر.

وقال الإسْبِيجابي: من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الأكثر.

ومن خرج لنظر عند قدوم الأمير لا تقبل شهادته.

وعن شدّاد أنه رد شهادة شيخ صالح لمحاسبة ابنه في النفقة في طريق مكة.

قال الخصاف: ركوب البحر للتجارة والتفرج مسقط للشهادة.

---

(١) أخرجه الترمذي (٥٨٢٥٠ رقم ٣٢٨٤) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح غريب.

(٢) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣١١).

قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ وَإِنْ أَلَمَّ بِمَعْصِيَةٍ) هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ فِي حَدِّ العَدَالَةِ المُعْتَبَرَةِ، إِذْ لَا بُدَّ مِن تَوَقِّي الكَبَائِرِ كُلِّهَا، وَبَعْدَ ذَلِكَ يُعْتَبَرُ الغَالِبُ كَمَا ذَكَرْنَا، فَأَمَّا الإِلْمَامُ بِمَعْصِيَةٍ لَا تَنْقَدِحُ بِهِ العَدَالَةُ المَشْرُوطَةُ، فَلَا تُرَدُّ بِهِ الشَّهَادَةُ المَشْرُوعَةُ، لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِ اجْتِنَابِهِ الكُلَّ سَدَّ بَابِهِ، وَهُوَ مَفْتُوحٌ إِحْيَاءً لِلْحُقُوقِ.

قَالَ: (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الأَقْلَفِ)، ....

وكذا التجارة إلى أرض الكفار وقرى فارس وأشباهه؛ لأنه خاطر بدِينِه ونفسه لينال مالًا، [فلا][1] يؤمن أن يكذب، ويأخذ المال، وقرى فارس يطعمونه الرِّبا وهم يعلمون.

والفاسق قبلت شهادته بعد ستة أشهر، وقيل: بعد سنة، قال الفضلي: رَوى عن أبي يوسف أنه قال: تركته بعد ستة أشهر ثم رجع، وقال: بعد سنة، وعن محمد لا يسعه ما لم يمتحنه في العقود ويرى الأمانة، وقيل: لا يكفيه ذلك ما لم يمتحنه في كل الأمانات والصداقات مرارًا.

ولو عرف عدالته ثم انقطع عنه؛ إن لم يتطاول الوقت وسعه أن يزكيه بتلك المعرفة، وإلا فلا، ومدة التطاول قيل: ستة أشهر، وقيل: سنة، وقيل: من وقَّت في التزكية فهو مُخطِئ، وهذا على ما يقع في القلب، فربما يعرف أحد في شهر، والآخر لا يعرف في سنة.

وقيل: من سمع الأذان وانتظر الإقامة سقطت عدالته.

ومن أخذ سوق النّخاسين مقاطعة وأشهد على وثيقتها شهودًا، فلو شهدوا حل لهم اللعن؛ لأنه شهادة على الباطل، وكذا لو شهدوا على إقراره، وكذا لو شهدوا في كل إقرار بناء على باطل[2].

قوله: (وتقبل شهادة الأقلف) الذي لم يُختن.

وفي فتاوى الولوالجي: قال ابن عباس: لا تُقبل شهادة الأقلف، ولا تُقبل له صلاة، ولا تؤكل ذبيحته، وهو مذهبه.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٥٦، ١٥٧)، فتح القدير (٧/ ٤٢١).

لِأَنَّهُ لَا يُخِلُّ بِالعَدَالَةِ، إِلَّا إِذَا تَرَكَهُ اسْتِخْفَافًا بِالدِّينِ، لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ بِهَذَا الصَّنِيعِ عَدْلًا

(لأنه) أي: ترك الختان **(لا يخل بالعدالة)** إذا كان ذلك بعذر، والعذر في ذلك الكِبر وخوف الهلاك[١].

ثم اختلف العلماء في الخِتان؛ فقال الشافعي[٢] [٢/٢١١/أ] في ظاهر مذهبه وأحمد[٣]: إنه واجب؛ لأنه ﷺ أمر رجلًا أسلم بالاختتان، وكذا يجب على النساء، وعندنا ومالك[٤] سنة، وبه قال الشافعي[٥] في قول؛ لقوله ﷺ: **«الخِتَانُ للرِّجَال سُنَّةٌ، وللنّساءِ مَكْرَمَةٌ»**[٦].

واختلفوا في مدته، فلم يقدر أبو حنيفة فيها بشيء؛ لأنه لم يرد في القرآن، ولا في الحديث، ولم ينقل فيه إجماع، وطريق معرفة المقادير: السماع.

واختلف المتأخرون؛ قيل: من سبع سنين إلى عشر، وقيل: اليوم السابع من ولادته أو بعد السابع إن احتمل الصبي ذلك ولم يهلك؛ لما رُوي أن الحسن والحسين ختنا اليوم السابع، أو بعد السابع، ولكنه شاذ. كذا في الذخيرة[٧] وأدب القاضي للصدر الشهيد[٨].

وعن بعض أصحاب الشافعي[٩]: لا يختن حتى يصير ابن عشر؛ لأنه حينئذ

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٥٨)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧/ ٩٦).
(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٣/ ٤٣٠)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٤/ ١٦٤).
(٣) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (١/ ٥٤)، المغني (١/ ٦٤).
(٤) انظر: الذخيرة (١٣/ ٢٧٩)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٣/ ٢٥٨).
(٥) انظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين (١٠/ ١٨٠)، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (٤/ ١٩٨).
(٦) أخرجه أحمد (٣٤/ ٧٥ رقم ٢٠٧٣٨)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/ ٣٢٥ رقم ١٨٠٢٢) من حديث أسامة بن عمير الهذلي ﷺ.
قال البيهقي: الحجاج بن أرطاة لا يحتج به، وقال ابن الملقن: هذا الحديث ضعيف بمرة. البدر المنير (٨/ ٧٤٣)، وقال ابن حجر: الحجاج مدلس، وقد اضطرب فيه. تلخيص الحبير (٤/ ٢٢٤).
(٧) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣٢١).
(٨) انظر: شرح أدب القاضي (٤/ ٤٢٢).
(٩) انظر: الحاوي الكبير (١٣/ ٤٣٣)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١٠/ ١٨١).

(وَالخَصِيِّ) لِأَنَّ عُمَرَ ﷺ قَبِلَ شَهَادَةَ عَلْقَمَةَ الخَصِيِّ، وَلِأَنَّهُ قُطِعَ عُضْوٌ مِنهُ ظُلْمًا فَصَارَ كَمَا إِذَا قُطِعَتْ يَدُهُ.

(وَوَلَدِ الزِّنَا) لِأَنَّ فِسْقَ الأَبَوَيْنِ لَا يُوجِبُ فِسْقَ الوَلَدِ كَكُفْرِهِمَا وَهُوَ مُسْلِمٌ. وَقَالَ مَالِكٌ ﷺ: لَا تُقْبَلُ فِي الزِّنَا، لِأَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ غَيْرُهُ كَمِثْلِهِ فَيُتَّهَمُ. قُلْنَا: العَدْلُ لَا يَخْتَارُ ذَلِكَ وَلَا يَسْتَحِبُّهُ، وَالكَلَامُ فِي العَدْلِ.

قَالَ: (وَشَهَادَةُ الخُنْثَى جَائِزَةٌ) لِأَنَّهُ رَجُلٌ أَوْ امْرَأَةٌ وَشَهَادَةُ الجِنْسَيْنِ مَقْبُولَةٌ بِالنَّصِّ.

قَالَ: (وَشَهَادَةُ العُمَّالِ جَائِزَةٌ) وَالمُرَادُ عُمَّالُ السُّلْطَانِ عِنْدَ عَامَّةِ المَشَايِخِ، لِأَنَّ نَفْسَ العَمَلِ لَيْسَ بِفِسْقٍ إِلَّا إِذَا كَانُوا أَعْوَانًا عَلَى الظُّلْمِ.

أمر بالضرب على ترك الصلاة، وقال أصحابه: ختانه يجب عليه بعد بلوغه، ويُستحب في اليوم السابع.

قوله: (والخصي) أي تُقبل شهادته.

في المغرب[1]: خصاه: نزع خصيته، يخصيه خصاءً، على فعال، والمفعول: خَصِيٌّ، على فعيل، والجمع: خصيان.

قوله: (وقال مالك[2]: لا تقبل في الزنا)، أما تقبل في غير الزنا.

(لأنه رجل أو امرأة) يعني إذا ظهر علامة.

وفي الخزانة: في الخنثى المُشكل لا يشهد مع رجل أو امرأة واحدة، أما لو شهد مع رجل وامرأة تُقبل.

قوله: (لأن نفس العمل ليس بفسق)، إنما الفسق هو الظلم، فإن العامل إذا كان عدلًا يستحق ثوابًا عظيما؛ لأنه رُوي أنه عليه الصلاة السلام قال: «**سَبْعَةٌ يَظلُّهم اللهُ يومَ لَا ظِلّ إلّا ظِّله**» وذكر منها: «**إمَامًا مُقْسِطًا**»[3] ألا ترى أن كبراء

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب (١/ ١٤٧).

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٣٩)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ١٧٣).

(٣) أخرجه البخاري (١/ ١٣٣ رقم ٦٦٠)، ومسلم (٢/ ٧١٥ رقم ١٠٣١) من حديث أبي هريرة ﷺ.

وَقِيلَ: العَامِلُ إذَا كَانَ وَجِيهًا فِي النَّاسِ، ذَا مُرُوءَةٍ لَا يُجَازِفُ فِي كَلَامِهِ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ كَمَا مَرَّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ فِي الفَاسِقِ، لِأَنَّهُ لِوَجَاهَتِهِ لَا يَقْدُمُ عَلَى الكَذِبِ حِفْظًا لِلْمُرُوءَةِ، وَلِمَهَابَتِهِ لَا يُسْتَأْجَرُ عَلَى الشَّهَادَةِ الكَاذِبَةِ.

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ الرَّجُلَانِ أَنَّ أَبَاهُمَا أَوْصَى إِلَى فُلَانٍ، وَالوَصِيُّ يَدَّعِي ذَلِكَ، فَهُوَ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا، ....

الصحابة كأبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم كانوا عُمالًا، ولو كان نفس العمل فسقًا لتنزهوا عن ذلك. كذا في الذخيرة[١].

وذكر الإمام قاضي خان: أراد به عامل السلطان الذي يعينه في أخذ الحقوق الواجبة شرعًا، أما الذي يعينه على أخذ الحرام لا تقبل شهادته، ثم قال: وقيل: أراد بالعمال الذين يعملون بأيديهم ويؤاجرون أنفسهم؛ لأن من الناس من لا يقبل شهادة أهل الصناعات الخسيسة، وإنما أورد هذه المسألة ردًّا لذلك القول؛ لأن كسبهم أطيب الكسب على ما جاء في الحديث: «**أَفضَلُ النّاسِ عِنْدَ اللهِ تَعَالَى مَنْ يَأْكُل مِنْ كَسبِ يَدِهِ**»[٢] فلا يوجب ذلك جرحًا.

وذكر الصدر الشهيد[٣]: إن شهادة الرئيس، والجابي في السّكة الذي يأخذ الدراهم، والصِراب الذي تجمع عنده الدراهم ويأخذها طوعًا لا تقبل.

وذكر البزدوي في جامِعِهِ: من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والمعادلة كان مأجورًا، وإن كان أصله من جهة الظلم، فعلى هذا ينبغي أن تقبل شهادة من قام بالتوزيع، ولو كان مجازفًا من العمال في كلامه لا تقبل شهادته.

قوله: (فهو جائز استحسانًا) هاهنا خمسُ مسائل، الغريمان لهما على الميت، والغريمان عليهما دين، والموصى لهما، والموصّى إليهما، والوارثان، ويشهد كل فريق أن الميت أوصى إلى هذا، وهو يدعي ذلك ـ جازت الشهادة، ولا تجوز قياسًا.

---

(١) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣١٨).

(٢) أخرجه البخاري (٣/ ٥٧ رقم ٢٠٧٢) من حديث المقدام رضي الله عنه، عن رسول الله ﷺ قال: «ما أكل أحد طعامًا قط خيرًا من أن يأكل من عمل يده، وإن نبي الله داود عليه السلام كان يأكل من عمل يده».

(٣) انظر: شرح أدب القاضي (٨/ ٣١٨).

وَإِنْ أَنْكَرَ الوَصِيُّ لَمْ يَجُزْ) وَفِي القِيَاسِ: لَا يَجُوزُ إِنْ ادَّعَى، وَعَلَى هَذَا إِذَا شَهِدَ المُوصِي لَهُمَا بِذَلِكَ أَوْ غَرِيمَانِ لَهُمَا عَلَى المَيِّتِ دَيْنٌ أَوْ لِلْمَيِّتِ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ أَوْ شَهِدَ الوَصِيَّانِ أَنَّهُ أَوْصَى إِلَى هَذَا الرَّجُلِ مَعَهُمَا. وَجْهُ القِيَاسِ: أَنَّهَا شَهَادَةٌ لِلشَّاهِدِ لِعَوْدِ المَنْفَعَةِ إِلَيْهِ. وَجْهُ الاِسْتِحْسَانِ: أَنَّ لِلْقَاضِي وِلَايَةَ نَصْبِ الوَصِيِّ إِذَا كَانَ طَالِبًا

(وإن أنكر الوصي ذلك لم يجز) قياسًا، واستحسانًا.

(أنها شهادة للشاهد) أي: لنفسه **(لعود المنفعة إليه)**، وهذا لأن الوارثين قصدا بهذه الشهادة نصيب من ينصرف لهما، ويقوم بإحياء حقوقهما، والغريمين قصدا نصيب من يستوفيان منه حقهما، ويَبرَءان بالدفع إليه، والوصيان قصدا نصيب من يعينهما على التصرف في مال الميت، والموصى لهما قصدا نصيب من يدفع إليهما حقوقهما، فكان الكل يجران إلى أنفسهما نفعًا بشهادتهما، فيردّ، وبه قالت الأئمة الثلاثة[1]؛ لأن شهادة الجارِّ لنفسه نفعًا لا تقبل بالإجماع[2].

وجه الاستحسان أن بهذه الشهادة لا يثبت للقاضي ولاية لم تكن، فإن له أن ينصب الوصي إذا كان الوصي طالبًا، والموت معروف، فإنما أسقطا عنه مؤنة التعيين؛ لأن القاضي يلزمه أن يتأمل في هذا الوصي أنه: هل يصلح للوصاية لأمانته وديانته وهدايته أم لا؟ وهما بهذه الشهادة زكياه وأخبرا القاضي بأنه أهل لذلك، فكُفيت عنه مؤنة التعيين، وصارت كالقرعة، فإنها ليست بحجّة، ويجوز استعمالهما في تعيين الأنصباء؛ لدفع التهمة عن القاضي.

فإن قيل: إذا كان للميت وصيان، فالقاضي لا يحتاج إلى [٢/ ٢١١/ ب] نصب وصيّ آخر عن الميت، وهو إحدى مسائل الخمس، فحينئذ يثبت للقاضي ولاية نصب وصيّ بشهادتهما.

قلنا: إذا أخبرا أن معهما ثالثًا ملك القاضي نصب ثالث معهما؛ لعجزهما عن القيام بأمور الميت بإقرارهما، إليه أشار الإمام المحبوبي.

---

(١) انظر: المدونة (٤/ ٢٨)، الذخيرة (١٠/ ٢٧٠)، الحاوي الكبير (١٧/ ١٦٠)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٤/ ٣٤٩)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٧٧)، المغني (١٠/ ١٦٧).

(٢) انظر: الإقناع (٢/ ٥٣١)، الإجماع (١/ ٦٧).

وَالمَوْتُ، مَعْرُوفٌ، فَيَكْفِي القَاضِي بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ مُؤْنَةَ التَّعْيِينِ لَا أَنْ يَثْبُتَ بِهَا شَيْءٌ فَصَارَ كَالقُرْعَةِ، وَالوَصِيَّانِ إِذَا أَقَرَّا أَنَّ مَعَهُمَا ثَالِثًا يَمْلِكُ القَاضِي نَصْبَ ثَالِثٍ مَعَهُمَا لِعَجْزِهِمَا عَنْ التَّصَرُّفِ بِاعْتِرَافِهِمَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَنْكَرَا وَلَمْ يَعْرِفْ المَوْتَ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وِلَايَةُ نَصْبِ الوَصِيِّ فَتَكُونُ الشَّهَادَةُ هِيَ المُوجِبَةَ، وَفِي الغَرِيمَيْنِ لِلْمَيِّتِ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ المَوْتُ مَعْرُوفًا، لِأَنَّهُمَا يُقِرَّانِ عَلَى أَنْفُسِهِمَا فَيَثْبُتُ المَوْتُ بِاعْتِرَافِهِمَا فِي حَقِّهِمَا (وَإِنْ شَهِدَا أَنَّ أَبَاهُمَا الغَائِبَ وَكَّلَهُ بِقَبْضِ دُيُونِهِ بِالكُوفَةِ، فَادَّعَى الوَكِيلُ أَوْ أَنْكَرَهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا) لِأَنَّ القَاضِي لَا يَمْلِكُ نَصْبَ الوَكِيلِ عَنْ الغَائِبِ، فَلَوْ ثَبَتَ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِمَا وَهِيَ غَيْرُ مُوجِبَةٍ لِمَكَانِ التُّهْمَةِ.

قَالَ: (وَلَا يَسْمَعُ القَاضِي الشَّهَادَةَ عَلَى جَرْحٍ ....

وفي الكتاب أشار إليه بقوله: **(والوصيان إذا أقرّا)** إلى آخره[(١)].

قوله: **(وفي الغريمين)** إلى آخره، يعني ليس للقاضي ولاية نصب الوصيّ عند عدم ظهور موت الوصي، فكانت في شهادة الغريمين للميت عليهما تهمة، وهو يقع الإبراء بالدفع إليه، فينبغي ألا تقبل، فقال: تُقبل هذه الشهادة؛ إذ ليس فيها تهمة؛ لأن ضررهما في ذلك أكثر من نفعهما، فكانت الشهادة على أنفسهما، وشهادة الإنسان على نفسه مقبولة، وهي الإقرار.

وفي الكافي: وقيل: معنى القبول أمر القاضي إياهما بأداء ما عليهما [إليه؛ لإبرائهما عن الدين بهذا الأداء؛ لأن أداء الدين منهما حق عليهما][(٢)] فتقبل، والبراءة حق لهما، فلا تقبل فيهما[(٣)].

قوله: **(ولا يحكم بذلك)** أي: بالجرح.

قيل: هذا تكرار؛ لأن بقوله: **(لا يسمع الشهادة على جرح)** يفهم.

أجيب بأنه ممكن ألا يسمع، ويحكم بعلمه في صورة، فجاز الانفكاك بينهما في الجملة أو رده؛ لنفي الاحتمال في هذه الصورة.

ومعنى قوله: **(على جرح)** أي: جرح مجرد متضمن لتفسيق الشهود من غير

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٦٠، ١٦١)، فتح القدير (٧/ ٤٢٤، ٤٢٥).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٦٢)، فتح القدير (٧/ ٤٢٥).

....

أن يتضمن إيجاب حق من حقوق الشرع، أو من حقوق العباد، نحو: أن يشهد أن الشهود فسقة أو زناة أو أكَلَة الربا أو شَرَبَة خمر، وعلى إقرارهم أنهم شهدوا بالزور، أو إقرارهم أنهم أجراء في أداء هذه الشهادة، أو على إقرارهم أن المدعي مبطل في هذه الدعوى، أو على إقرارهم أن لا شهادة على المدعى عليه في هذه الحادثة، ففي هذه الوجوه لا تُقبل شهادتهم؛ لأن الشهادة إنما تُقبل على ما يدخل تحت حكم القاضي، وفي وسعه إلزامه، والفسق مما لا يدخل تحت الحكم، وليس في وسع القاضي إلزامه؛ لأنه يدفعه بالتوبة.

ولأن فيه، أي: في الشهادة على الجِرح، هذا وجه الثاني من الاستحسان، وعليه الاعتماد، يعني الشاهد بهذه الشهادة صار فاسقًا؛ لأن فيه إشاعة الفاحشة، وهي حرام بالنص بلا ضرورة، قال تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلْفَٰحِشَةُ﴾ [النور:١٩]، ولهذا قالوا: المُزكّي ينبغي ألا يصرح بفسقه، بل يقول: لا أعلم بحاله، ولا أدري: أهو عدل أم لا؟[١].

فإن قيل: أليس أنه ﷺ قال: «**اذْكُر الفَاجِر بِمَا فِيهِ**»[٢]؟

قلنا: هو محمول على ما إذا كان ضرورة يتعدى إلى غيره، ولا يمكن دفع الضرر عنه إلا بعد الإعلام، ولا يقال: إن فيه ضرورة، وهي كف الظالم عن الظلم بأداء الشهادة الكاذبة، وقد قال ﷺ: «**انْصُر أخَاكَ ظَالمًا أو مظلومًا**»[٣]؛ لأنه لا ضرورة إلى هذه الشهادة على ملأ من الناس، ويمكنه كفُّه عن الظلم بإخبار القاضي بذلك سرًّا، إلا إذا شهدوا على إقرار المدعي أنهم فسقة، أو شهدوا بزور ونحوه؛ لأنهم شهدوا بإظهار الفاحشة عن غيرهم، فيثبت المشهود به.

وكذا الإقرار مما يدخل تحت الحكم، فيقدر القاضي على الإلزام؛ لأنه لا يرتفع بالتوبة.

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٦٢، ١٦٣)، فتح القدير (٧/ ٤٢٦، ٤٢٧).

(٢) أخرجه ابن عدي في الكامل (٢/ ٤٣٠) من حديث معاوية بن حيدة رضي الله عنه.
وضعفه ابن عدي، وقال: قال أحمد بن حنبل: هذا حديث منكر.

(٣) أخرجه الباري (٣/ ١٢٨ رقم ٢٤٤٣) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

وَلَا يَحْكُمُ بِذَلِكَ) لِأَنَّ الفِسْقَ مِمَّا لَا يَدْخُلُ تَحتَ الحُكم، لِأَنَّ لَهُ الدَّفْعَ بِالتَّوْبَةِ فَلَا يَتَحقَّقُ الإِلْزَامُ، وَلِأَنَّهُ هَتْكُ السِّرِّ، وَالسَّتْرُ وَاجِبٌ وَالإِشَاعَةُ حَرَامٌ، وَإِنَّمَا يُرَخَّصُ ضَرُورَةَ إِحْيَاءِ الحُقُوقِ وَذَلِكَ فِيمَا يَدْخُلُ تَحْتَ الحُكْمِ (إِلَّا إِذَا شَهِدُوا عَلَى إِقْرَارِ المُدَّعِي بِذَلِكَ تُقْبَلُ) لِأَنَّ الإِقْرَارَ مِمَّا يَدْخُلُ تَحتَ الحُكم.

قَالَ: (وَلَوْ أَقَامَ المُدَّعَى عَلَيْهِ البَيِّنَةَ أَنَّ المُدَّعِيَ اسْتَأْجَرَ الشُّهُودَ لَمْ تُقْبَلْ) لِأَنَّهُ شَهَادَةٌ عَلَى جَرحٍ مُجَرَّدٍ، وَالِاسْتِئْجَارُ وَإِنْ كَانَ أَمْرًا زَائِدًا عَلَيْهِ فَلَا خَصْمَ فِي إِثْبَاتِهِ، لِأَنَّ المُدَّعَى عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ أَجْنَبِيٌّ عَنْهُ، حَتَّى لَوْ أَقَامَ المُدَّعَى عَلَيْهِ البَيِّنَةَ أَنَّ المُدَّعِيَ اسْتَأْجَرَ الشُّهُودَ بِعَشْرَةِ دَرَاهِمَ لِيُؤَدُّوا الشَّهَادَةَ وَأَعْطَاهُمْ العَشَرَةَ مِن مَالِي الَّذِي كَانَ فِي يَدِهِ تُقْبَلُ، لِأَنَّهُ خَصْمٌ فِي ذَلِكَ، ثُمَّ يَثْبُتُ الجَرْحُ بِنَاءً عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا أَقَامَهَا عَلَى

(ولو أقام رجل) أي: المدعى عليه (البينة أن المدعي استأجر الشهود لأداء الشهادة (لم تقبل؛ لأنه على جرح مجرد)[1].

وقوله: (والاستئجار) إلى آخره: جواب سؤال مقدر، بأن يقال: قول المُدّعَى عليه أن المُدّعي استأجرهم ليس بجرح مجرد؛ بل فيه إثبات أمر زائد وهو الاستئجار، وهو حق المدعي، فيثبت الجرح في ضمنه.

فأجاب عنه بأن الاستئجار (أمرًا زائدًا عليه) أي: على الجرح المجرد؛ لكن (لا خصم في إثباته) إذ لا تعلق له بالأجرة، فيبقى جرحًا مجردًا.

فإن قيل: ينبغي ألا تقبل هذه الشهادة في هذه الصورة من وجه آخر بأن يجعل شهداء المدعى عليه مزكين لشهود المدعي، ولهذا لو شهد شاهدان أنهما عدلان وآخران على الجرح، فالجرح أولى.

قلنا: لما شهدا بأن الشهود أجراء كانوا قائلين بأنهم شهود زور، وهو نسبة الفسق؛ فوجب عليهم التعزير، فلم يصيروا معدلين، والمعدل في زماننا يعلم القاضي في السر بفسق الشهود؛ احترازًا عن إشاعة الفاحشة وعن التعادي فيما بينهم، كما ذكرنا في مسائل التزكية[2].

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٦٣)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧/ ٩٩).
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٦٣، ١٦٤)، فتح القدير (٧/ ٤٢٧).

أَنِّي صَالَحْت الشُّهُودَ عَلَى كَذَا مِن المَالِ. وَدَفَعْتُهُ إِلَيْهِمْ عَلَى أَنْ لَا يَشْهَدُوا عَلَيَّ بِهَذَا البَاطِلِ وَقَدْ شَهِدُوا وَطَالَبَهُمْ بِرَدِّ ذَلِكَ المَالِ، وَلِهَذَا قُلْنَا: إِنَّهُ لَوْ أَقَامَ البَيِّنَةَ أَنَّ الشَّاهِدَ عَبْدٌ أَوْ مَحْدُودٌ فِي قَذْفٍ أَوْ شَارِبُ خَمْرٍ أَوْ قَاذِفٌ أَوْ شَرِيكُ المُدَّعِي تُقْبَلُ.

قَالَ: (وَمَنْ شَهِدَ وَلَمْ يَبْرَحْ حَتَّى قَالَ: أُوهِمْتُ بَعْضَ شَهَادَتِي، فَإِنْ كَانَ عَدْلًا جَازَتْ شَهَادَتُهُ) وَمَعْنَى قَوْلِهِ: أُوهِمْتُ، أَيْ: أَخْطَأت بِنِسْيَانِ مَا كَانَ يَحِقُّ عَلَيَّ ذِكْرُهُ أَوْ بِزِيَادَةٍ كَانَتْ بَاطِلَةً. وَوَجْهُهُ، أَنَّ الشَّاهِدَ قَدْ يُبْتَلَى بِمِثْلِهِ لِمَهَابَةِ مَجْلِسِ القَضَاءِ فَكَانَ العُذْرُ وَاضِحًا فَتُقْبَلُ إِذَا تَدَارَكَهُ فِي أَوَانِهِ وَهُوَ عَدْلٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَامَ عَنْ المَجْلِسِ ثُمَّ عَادَ وَقَالَ: أُوهِمْتُ، لِأَنَّهُ يُوهِمُ الزِّيَادَةَ مِن المُدَّعِي بِتَلْبِيسٍ وَخِيَانَةٍ

قوله: (**ولهذا قلنا**) أي: ولما قلنا [٢/ ٢١٢/ أ] أنه لو أقام البيّنة على جرح فيه حق من حقوق العباد أو من حقوق الشرع.

(**إنه**) أي: المدعى عليه (**لو أقام بينة أن الشاهد عبد أو قاذف**) والمقذوف يدعيه، (**أو محدود في قذف أو شارب خمر أو سارق أو شريك المدعي**) والمدعى مال (**تقبل**) لمكان الحاجة إلى إحياء هذه الحقوق، وفيما إذا قال: إنه محدود في قذف ليس إشاعة الفاحشة؛ لأن الإظهار حصل بقضاء القاضي، وإنما حكوا عن إظهار الفاحشة من الغير(١).

قوله: (**فإن كان عدلًا**) أي: عدالته ظاهرة عند القاضي، وإن لم يكن فسأل عنه، فقيل: إنه عدل جازت شهادته. كذا في جامع البرهاني.

(**بزيادة كانت**) أي: الزيادة (**باطلة**) والجملة الفعلية صفة للنكرة وهي (**بزيادة**)(٢).

قوله: (**إذا تداركه في أوانه**)، وأوانه قبل البَراح من مكانه.

قوله: (**ثم عاد**) إلى المجلس (**وقال: أوهمت**) حيث لا يقبل منه ذلك؛ لجواز أنه غرّه المُدّعِي أو المُدّعَى عليه بأطماع حطام الدنيا، ثم قيل: يقضي بجميع ما شهد؛ لأن ما شهد به صار حقًّا للمدعي على المدعى عليه؛ فلا يبطل

---

(١) انظر: فتح القدير (٧/ ٤٢٧، ٤٢٨)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧/ ٩٩).
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٦٤، ١٦٥)، فتح القدير (٧/ ٤٢٩، ٤٣٠).

فَوَجَبَ الِاحْتِيَاطُ، وَلِأَنَّ المَجْلِسَ إِذَا اتَّحَدَ لَحِقَ المُلْحَقُ بِأَصْلِ الشَّهَادَةِ فَصَارَ كَكَلَامٍ وَاحِدٍ، وَلَا كَذَلِكَ إِذَا اخْتَلَفَ. وَعَلَى هَذَا: إِذَا وَقَعَ الغَلَطُ فِي بَعْضِ الحُدُودِ أَوْ فِي بَعْضِ النَّسَبِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ مَوْضِعَ شُبْهَةٍ، فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ فَلَا بَأْسَ بِإِعَادَةِ الكَلَامِ أَصْلًا، مِثْلُ: أَنْ يَدَعَ لَفْظَةَ الشَّهَادَةِ وَمَا يَجْرِي مَجْرَى ذَلِكَ، وَإِنْ قَامَ عَنِ المَجْلِسِ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ عَدْلًا.

بقوله: أوهمت، وقيل: يقضي بما بقي، حتى لو شهد بالألف، ثم قال: غلطت في خمسمائة، بل هو خمسمائة يُقضى عليه بخمسمائة؛ لأن ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة، ولو شهد بخمسمائة لم يقضِ بألف، كذا هنا، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي[١].

قوله: (في بعض الحدود) بأن ذكر الجانب الشرقي مكان الجانب الغربي أو على العكس أو في بعض النسب بأن ذكر محمد بن أحمد بن عمر فكان محمد بن علي بن عمر مثلًا يقبل شهادته إذا تداركه في المجلس ولا يقبل بعده[٢].

قوله: (وهذا) أي: اعتبار اتحاد المجلس في عدم التلبيس.

(فأما إذا لم يكن) أي: موضع شبهة.

(بأن يدع لفظة الشهادة، أو ما يجري مجرى ذلك) بأن تدارك اسم المدعي أو المدعى عليه، أو يترك الإشارة إلى أحدهما[٣].

فإن قيل: ففيما فيه يقبل التدارك في المجلس أو بعده، أي: وقت فرض صورة المسألة قبل القضاء أو بعده؟

قلنا: في حق ترك لفظة الشهادة قبل القضاء؛ لامتناع القضاء بدون لفظ: أشهد، وفي موضع شبهة التلبيس، وهو موضع الزيادة والنقصان.

ففي الذخيرة[٤] وجامع المحبوبي: لا يتفاوت ذلك قبل القضاء وبعده فيما روى الحسن عن أبي حنيفة، وروى بسر عن أبي يوسف في رجل شهد ثم جاء بعد ذلك بيوم فقال: شككت في كذا وكذا في شهادتي، فإن كان القاضي يعرفه

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٦٥)، فتح القدير (٧/ ٤٣٠).
(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٣٠، ٤٣١)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٦٥، ١٦٦).
(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٦٦)، فتح القدير (٧/ ٤٣٠).
(٤) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٤٤٣).

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: أَنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي غَيْرِ الْمَجْلِسِ إِذَا كَانَ عَدْلًا، وَالظَّاهِرُ(*) مَا ذَكَرْنَاهُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الِاخْتِلَافِ فِي الشَّهَادَةِ

قَالَ: (الشَّهَادَةُ إِذَا وَافَقَتْ الدَّعْوَى قُبِلَتْ، وَإِنْ خَالَفَتْهَا لَمْ تُقْبَلْ) لِأَنَّ تَقَدُّمَ الدَّعْوَى فِي حُقُوقِ العِبَادِ شَرْطُ قَبُولِ الشَّهَادَةِ، وَقَدْ وُجِدَتْ فِيمَا يُوَافِقُهَا ....

بالصلاح تُقبل شهادته فيما نفى، وإن لم يعرفه بالصلاح، وقال: رجعت عن شهادتي في كذا وكذا من هذا المال ـ فهذه تهمة، وكذا الحكم في: غلطت في ذلك أو نسيت، فهو مثل قوله: قد شككت في الشهادة.

وفي المغني: في نوادر ابن سماعة: عن محمد: إذا شهد بالدار للمدعي وقضى القاضي بشهادتهم، ثم قالا: لا ندري لمن البناء لا نضمنهم قيمة البناء، كأنهم قالوا: شككنا في شهادتنا، وإن قالا: ليس البناء للمدعي ضمنوا قيمة البناء للمشهود عليه.

فعلم أن بقولهم: (شككنا) لا يختلف الحكم بعد القضاء وقبله[1] في أنه يقبل هذا القول منهم إذا كانوا عدولًا.

قوله: (يقبل قوله) أي: قول الشاهد **(في غير المجلس)** أي: في جميع المسائل، والظاهر ما ذكرنا، وهو أنه يقبل في المجلس في موضع شبهة التلبيس وبعده، وفي غير موضع شبهة التلبيس يقبل في جميع الأوقات[2].

بَابُ الِاخْتِلَافِ فِي الشَّهَادَةِ

لما فرغ من مسائل الاتفاق في الشهادة شرع في مسائل الاختلاف فيها؛ إذ الأصل هو الاتفاق؛ إذ الاختلاف بعارض الجهل والكذب، وكلاهما عارض خصوصًا في حق العدول[3].

قوله: (لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط)، واحترز به عن حقوق

(*) الراجح: هو ظاهر الرواية.

(١) في النسختين: (بعده) والمثبت من البناية (٩/ ١٦٦).

(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٣١)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٦٦).

(٣) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٣٢)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٦٧).

وَانْعَدَمَتْ فِيمَا يُخَالِفُهَا.

قَالَ: (وَيُعْتَبَرُ اتِّفَاقُ الشَّاهِدَيْنِ فِي اللَّفْظِ وَالمَعْنَى عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، فَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ وَالآخَرُ بِأَلْفَيْنِ لَمْ تُقْبَلْ الشَّهَادَةُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا: تُقْبَلُ عَلَى الأَلْفِ

الله تعالى، فإن الشهادة فيها تُقبل بدون تقدم الدعوى؛ إذ حقوق الله تعالى واجبة على كل أحد، فكان كل واحد خصمًا في إثباتها، أما في حق العباد لا بدّ من دعوى مدعٍ؛ لأن حق العبد يتوقف على مطالبته أو مطالبة من يقوم مقامه؛ لأن القاضي نصب لفصل الخصومة، [٢/ ٢١٢/ب] ولا خصومة بدون الدعوى[١].

قوله: (وانعدمت) أي: الدعوى **(فيما يخالفها)**؛ لأن الشهادة لتصديق الدعوى، فإذا خالفتها فقد كذبتها، والدعوى الكاذبة وجودها كعدمها، واعتبرنا صدق الشاهد لا صدق المدّعي في المخالفة؛ لأن الأصل في الشهودِ العدولِ الصدقُ لا في المدعي؛ لعدم شرطية العدالة فيه.

وفي الذخيرة[٢]: كما يشترط التوافق بين الدعوى والشهادة تشترط الموافقة بين الشاهدين أيضًا؛ لأن القضاء إنما يجوز بالحُجّة، والحُجّة شهادة المثنى، وبالمخالفة تَنعدم الحُجّة.

قوله: (في اللفظ والمعنى) إذ مطلق الموافقة في اللفظ والمعنى **(عند أبي حنيفة)**، والمراد باتفاقهما لفظًا تطابق لفظيهما على إعادة المعنى بطريق الوضع، كما قال أحدهما: الهبة، والآخر: العطية لا بطريق التضمن.

(وعندهما تقبل)، وبه قال الشافعي[٣] في وجه، وأحمد[٤] في رواية، وقالا: يحلف ويستحق الألف الأخرى.

وكذا الخلاف لو شَهد أحدهما بدرهم والآخر بدرهمين، أو شَهِد بأربعة والآخر بخمسة، وقال الشافعي في وجه، وأحمد في رواية: يستحق الألف بالحلف.

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٦٧)، فتح القدير (٧/ ٤٣٢، ٤٣٣).
(٢) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٤٦٧).
(٣) انظر: الأم (٧/ ٥٥)، الحاوي الكبير (١٧/ ٢٤٩).
(٤) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٩١)، المغني (١٠/ ٢٣٥).

إِذَا كَانَ الْمُدَّعِي يَدَّعِي الأَلْفَيْنِ)(*).

وَعَلَى هَذَا: المِائَةُ وَالمِائَتَانِ، وَالطَّلْقَةُ وَالطَّلْقَتَانِ، وَالطَّلْقَةُ وَالثَّلَاثُ.

لَهُمَا: أَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى الأَلْفِ أَوْ الطَّلْقَةِ وَتَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِالزِّيَادَةِ فَيَثْبُتُ مَا اجْتَمَعَا عَلَيْهِ دُونَ مَا تَفَرَّدَ بِهِ أَحَدُهُمَا، فَصَارَ كَالأَلْفِ وَالأَلْفِ وَالخَمْسِمِائَةِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُمَا اخْتَلَفَا لَفْظًا، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى اخْتِلَافِ المَعْنَى، لِأَنَّهُ يُسْتَفَادُ بِاللَّفْظِ، وَهَذَا لِأَنَّ الأَلْفَ لَا يُعَبَّرُ بِهِ عَنْ الأَلْفَيْنِ، بَلْ هُمَا جُمْلَتَانِ مُتَبَايِنَتَانِ فَحَصَلَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا شَاهِدٌ وَاحِدٌ فَصَارَ كَمَا إِذَا اخْتَلَفَ جِنْسُ المَالِ.

وقيد **بقوله: (إذا كان المدعي يدعي ألفين)** لأنه لو ادّعى الألف فقد كذب الشاهد في الزيادة، فلا تُقبل، أما إذا ادعى الأكثر؛ لأنه يدَعِي ما شهد به صاحب الأقل وزيادة، فلا يكون مُكذبًا له، وهذا الاختلاف في الدَّيْن، أما إذا كان في البيع أو في الكتابة والدعوى فلا تُقبل في شيء بالاتفاق كما يجيء.

قوله: (بل هما) أي: الألف والألفان **(جملتان)** أي: كلمتان **(متباينتان)** كَزيْد وعمر، ولم يرد بها الجملة المركبة من فاعل وفعل، أو مبتدأ وخبر كما في النحو؛ لأن ما ثبت بألفٍ غير ما ثبت بالألفين، وليس على كل واحد من اللفظين إلا شهادة واحدة.

فإن قيل: الألف موجود في الألفين.

قلنا: نعم إذا ثبت الألفان ثبت في ضمنه الألف، وإذا لم يَثْبُت المُتضمِّن [كيف يثبت المُتضمَّن!][(١)]، ألا ترى أنه لو شهد أحدهما بأنه قال لامرأته: أنت خليّة، وشهد الآخر بأنه قال: أنت بريّة لا يثبت شيء وإن اتفق المعنى، وصار كما إذا اختلف الجنسان بأن يقول أحدهما: كرّ حنطة، والآخر: كرّ شعير، أو قال أحدهما: بيض، والآخر: سود، وللبيض فضل على السود، والمدعي يدعي السود لا يُقبل؛ لأنه ادعى أقل المالين، فصار مكذبًا شاهد البيض، إلا أن يوقف المدعي فيقول: كان لي عليه إلا أني ابرأته عن صفة الجودة، علم

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

....

ذلك الشاهد أو لم يعلم، فحينئذ يُقبل، ولو ادعى البيض تْقبل شهادته؛ لأنهما اتفقا على الأقل لفظًا ومعنًى، وكذا في جميع المواضع في الجنس الواحد، بخلاف الجنسين. كذا في الذخيرة(١).

فإن قيل: يشكل على قول أبي حنيفة ما لو ادعى ألفين، وشهدا بألف تُقبل بالاتفاق، ذكره في المبسوط، مع أن شرط صحة القضاء الموافقة بين الدعوى والشهادة، ولم يوجد.

قلنا: الاتفاق في اللفظ بين الدعوى والشهادة ليس بشرط لصحة الدعوى حسب اتفاقه بين الشاهدين، ألا ترى أنه لو ادعى الغصب أو القتل، وشهدا بإقراره به ـ تقبل، ولو شهد أحدهما بالغصب، والآخر بالإقرار بالغصب لا تقبل!

وهذا لأن الشهادة تعتمد التلفظ، ألا ترى أنها لم تقبل ما لم يقل: أشهد! بخلاف الدعوى، فإنه لو صحح العقد دعواه بالكتابة تقبل دعواه.

وفي المبسوط(٢) والأسرار: والذي يبطل مذهبهما ما لو شهد شاهدان بتطليقة وآخران بثلاث تطليقات، وفرّق القاضي بينهما قبل الدخول، ثم رجعوا ـ كان ضمان نصف المهر على شاهدي الثلاث لا على شاهدي الواحدة، ولو اعتبر ما قالا ـ أن الواحدة توجد في الثلاث لكان الضمان عليهما جميعًا، ولأن مدعي إلهين اثنين أو الثلاثة لا يكون مقرًّا بالواحد؛ إذ لو كان مقرًّا بالواحد لكان مرتدًّا بالشرك بعد ذلك، فينبغي أن تقبل، ولا يلزم ما إذا قال لامرأته: طّلقي نفسك ثلاثًا، فقالت: طلقت واحدة؛ لأن الزوج لمّا فوّض إليها الثلاث فصارت الثلاث في يدها مع أبعاضها، كمن ملك عبدًا يملك رجله ويده، ولا يلزم ما لو طلق امرأته ألفًا فإن الثلاث تقع؛ لأن الرجل تكلم بالطلاق عن ملك لا عن أمر من حيث إنه ملك التطليق فيملك ما يشاء من العدد، إلا أنه لا يتقيد إلا بقدر المحل.

---

(١) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٤٦٨).
(٢) المبسوط للسرخسي (٦/ ١٤٩).

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِالأَلْفِ وَالآخَرُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ وَالمُدَّعِي يَدَّعِي أَلْفًا وَخَمْسَمِائَةٍ، قُبِلَتْ الشَّهَادَةُ عَلَى الأَلْفِ) لِاتِّفَاقِ الشَّاهِدَيْنِ عَلَيْهَا لَفْظًا وَمَعْنًى، لِأَنَّ الأَلْفَ وَالخَمْسَمِائَةِ جُمْلَتَانِ عُطِفَ إِحْدَاهُمَا عَلَى الأُخْرَى وَالعَطْفُ يُقَرِّرُ الأَوَّلَ، وَنَظِيرُهُ الطَّلْقَةُ وَالطَّلْقَةُ، وَالنِّصْفُ وَالمِائَةُ، وَالمِائَةُ وَالخَمْسُونَ، بِخِلَافِ العَشَرَةِ وَالخَمْسَةَ عَشَرَ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بَيْنَهُمَا حَرْفُ العَطْفِ، فَهُوَ نَظِيرُ الأَلْفِ وَالأَلْفَيْنِ (وَإِنْ قَالَ المُدَّعِي: «لَمْ يَكُنْ لِي عَلَيْهِ إِلَّا الأَلْفُ» فَشَهَادَةُ الَّذِي شَهِدَ بِالأَلْفِ وَخَمْسِمِائَةٍ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّهُ كَذَّبَهُ المُدَّعِي فِي المَشْهُودِ بِهِ، وَكَذَا إِذَا سَكَتَ، إِلَّا عَنْ دَعْوَى الأَلْفِ، لِأَنَّ التَّكْذِيبَ ظَاهِرٌ فَلَا بُدَّ مِن التَّوْفِيقِ، وَلَوْ قَالَ: كَانَ أَصْلُ حَقِّي أَلْفٌ وَخَمْسُمِائَةٍ وَلَكِنِّي اسْتَوْفَيْت خَمْسَمِائَةٍ أَوْ أَبْرَأْتُهُ عَنْهَا قُبِلَتْ لِتَوْفِيقِهِ.

قوله: [٢/ ٢١٣/أ] (ونظيره الطلقة، والطلقة والنصف) إلى آخره، يعني: شهد أحدهما بالطّلقة، والآخر بالطّلقة والنصف تقبل شهادته على الطّلقة بالاتفاق.

(بخلاف العشرة والخمسة عشر) يعني ادعى المدعي خمسة عشر، حيث لا تثبت العشرة عند أبي حنيفة؛ لأن الموافقة بين اللفظين شرط ولم يوجد؛ لأن الألف والخمسمائة مع الألف يتفقان في لفظ الألف، والخمسمائة عطف عليه كما ذكر في المتن، والعشرة والخمسة عشر ما هو كذلك؛ لأن خمسة عشر يذكر بغير حرف العطف، فكانت كلمة واحدة غير العشرة، فلم توجد الموافقة. ذكره الإمام قاضي خان(١).

وفي النهاية: هذا كله فيما إذا لم يدعِ المدعي عقدًا، أمّا إذا كان في دعوى العقد فهي ثمان مَسائل: البيع، والإجارة، والكتابة، والرهن، والعتق على مال، والصلح عن دمِ العمد، والخلع، والنكاح، ويجيء هذا كله مشروحًا في هذا الباب.

قوله: (لأنه) أي: الشاهد (كذبه المدعي) بدعوى الأقل، وتكذيب الشاهد تفسيق له، فكان مبطلًا شهادته، فبقي شاهد واحِد(٢).

قوله: (فلا بد من التوفيق) ولم يوجد حتى وفق وقال: كان أصل حقي ألفًا

---

(١) فتاوى قاضي خان (٢/ ٤٦٧- ٤٧٤).
(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٤٠)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٧٠).

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَا بِأَلْفٍ وَقَالَ أَحَدُهُمَا: قَضَاهُ مِنهَا خَمْسَمِائَةٍ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا بِالأَلْفِ) لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ (وَلَمْ يُسْمَعْ قَوْلُهُ: إِنَّهُ قَضَاهُ) لِأَنَّهُ شَهَادَةُ فَرْدٍ (إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ مَعَهُ آخَرُ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: أَنَّهُ يَقْضِي بِخَمْسِمِائَةٍ، لِأَنَّ شَاهِدَ القَضَاءِ مَضْمُونُ شَهَادَتِهِ أَنْ لَا دَيْنَ إِلَّا خَمْسُمِائَةٍ. وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا.

قَالَ: (وَيَنْبَغِي لِلشَّاهِدِ) إِذَا عَلِمَ بِذَلِكَ (أَنْ لَا يَشْهَدَ بِأَلْفٍ حَتَّى يُقِرَّ المُدَّعِي أَنَّهُ قَبَضَ خَمْسَمِائَةٍ) كَيْ لَا يَصِيرَ مُعِينًا عَلَى الظُّلْمِ.

(وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: رَجُلَانِ شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ بِقَرْضِ أَلْفِ دِرْهَمٍ، فَشَهِدَ

وخمسمائة كما شهد، ولكني استوفيت خمسمائة وأبرأته عنها، ولم يعلم بذلك الشاهد قبلت لزوال التكذيب بالتوفيق، وقد نقلنا من الذخيرة[1] أيضًا مثله في السود والبيض.

وذكر التمرتاشي: ما ذكر في السكوت جواب الاستحسان، أما في القياس يقبل الإنكار والتوفيق، ولكن الأصح أن يذكر التوفيق صريحًا، ولا يكتفي بالاحتمال.

قوله: (لاتفاقهما عليه) أي: على وجوب الألف.

قوله: (وجوابه ما قلنا)، وهو قوله: **(لاتفاقهما)** على وجوب الألف.

فإن قيل: المدعي كذب شاهدي القضاء؛ لأنه لما ادعى الألف في الحال كان ذلك تكذيبًا لمن شهد بالقضاء بخمسمائة، فينبغي ألا يقبل.

قلنا: هذا يكون له فيما شهد عليه، وهو القضاء، لا فيما شهد له، فلا يقدح في شهادته له[2].

قوله: (وينبغي للشاهد) إلى آخره.

وفي جامع أبي الليث: لا يُحَل للشاهد الذي يعلم القضاء أن يشهد على أصل الدين؛ لعلمه بأن المُدَّعي يَدَّعِي بغير حق.

قوله: (في الجامع الصغير) إلى آخره: التفات بين مسألة الجامع وبين

---

(١) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٤٦٧، ٤٦٨).
(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٤١)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٧١).

أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَدْ قَضَاهَا، فَالشَّهَادَةُ جَائِزَةٌ عَلَى القَرْضِ) لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ، وَتَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِالقَضَاءِ عَلَى مَا بَيَّنَّا. وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ عَنْ أَصْحَابِنَا: أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ ﷺ، لِأَنَّ المُدَّعِيَ أَكْذَبَ شَاهِدَ القَضَاءِ. قُلْنَا: هَذَا إِكْذَابٌ فِي غَيْرِ المَشْهُودِ بِهِ الأَوَّلِ وَهُوَ القَرْضُ وَمِثْلُهُ لَا يَمْنَعُ القَبُولَ.

المسألة التي ذكرها قبلها، أي: في مسألة الجامع شهد أحدهما بقضاء كل الدين، وفي التي قبلها شهد بقضاء بعض الدين.

وفي كشف الغوامض: وقد كان لقائل أن يقول في مسألة الجامع: لا تقبل شهادة شاهد القضاء على وجوب المال متقدمًا؛ لأن في المسألة الأولى للشاهد أن يقول: تحملت الشهادة، واحتاج إلى الخُروج منها ليقضي به خمسمائة، ولكني أشهد كما أشهدت عليه، وهو الألف، إذا ظهرت شهادته مع شهادة الآخر ـ قضي له بالألف.

أما في مسألة الجامع فالشاهد يذكر أن الشهادة سقطت عنه، وليسَ عليَّ أداؤها، فشهادتي باطلة، فرواية الجامع أزالت هذه الشهادة، وثبت جواز الشهادة؛ لأنه يصدق فيما ينكر من القبض متقدمًا، ولا ينظر الحاكم إلى اعتقاده؛ بل ينظر إلى أدائه الشهادة، فإذا اجتمعا عليها قضي بها[(١)].

قوله: (وهو القرض) أي: المشهود به الأول، وهو القرض، لم يوجد في حقه التكذيب وهو له، وإنما وجدَ التكذيب فيما عليه، وهو الشهادة بالقضاء، وهو غير المشهود به الأول.

(ومثله لا يمنع القبول)، ولهذا لو شهد بألف ومائة دينار إذا ادّعى المُدّعِي ألف درهم تُقبل شهادتهما وإن كذبهما المدعي في المائة. إليه أشار في الجامع والفوائد[(٢)].

وحاصله أن بفسق المدعي يوجب رد الشهادة، وبفسق المدعى عليه لا يوجب؛ لأن في زعمه أن الشهود فَسَقَة؛ إذ لو اعتبر تفسيقه لا يسد باب القضاء بالشهادة مؤثر في حق المدعي؛ لأنه زعم أحدهما أن لا شيء عليه، فلو قضى بالمال لكان قضى بشهادة واحد، وأنه لا يجوز.

---

(١) انظر: فتح القدير (٧/ ٤٤٢).

(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٧٢).

قَالَ: (وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ قَتَلَ زَيْدًا يَوْمَ النَّحْرِ بِمَكَّةَ، وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ قَتَلَهُ يَوْمَ النَّحْرِ بِالْكُوفَةِ، وَاجْتَمَعُوا عِنْدَ الحَاكِمِ لَمْ يَقْبَلِ الشَّهَادَتَيْنِ) لِأَنَّ إِحْدَاهُمَا كَاذِبَةٌ

قلنا: لا كذلك؛ لأن قوله: قد قضاها شهادة على الدين، وعلى شيء آخر، وهو القضاء، وقضاء الدين ليس بمشهود به، فلا يظهر تكذيبه في حق القرض(١).

قوله: (لم يقبل الشهادتين) وبه قال الشافعي(٢) [٢/٢١٣/ب]، وأحمد(٣).

وفي الذخيرة(٤): لو شهد أحدهما بالقتل، والآخر بالإقرار بالقتل ـ لا تُقبل؛ لأن القتل فعل، والإقرار قول غير الفعل، فاختلف المشهود به، وكذا لو شهدا بالقتل واختلفا في المكان والزمان؛ لأن الفعل الثاني غير الفعل الأول، وكذا كل ما يكون من باب الفعل بحق الشجة وغير ذلك، فاختلافهما في الإنشاء والإقرار، وفي الزمان والمكان يمنع القبول، وكذا إذا اختلفا في الآلة التي كان بها القتل لا تقبل.

وفي المغني أيضًا: وكل شهادة على فعل اختلاف الزمان والمكان يمنع القبول، إلا في مسألة واحدة ذكرها دَاود بن رستم عن محمد: ذمِّي شهدا عليه، فقال أحدهما: يصلي في مسجد بني زائدة شهرًا، وآخر يصلي في مسجد بني عامر شهرًا، أو قال أحدهما: يصلي بالكوفة شهرًا، وقال آخر: رأيته يصلي بالشام، فإني أجيز شهادتهما، وأجبره على الإسلام، ولكن لا أقبله.

وفي الكافي: اختلافهما في الزمان أو المكان في البيع والشراء، والطلاق والعتاق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف لا يمنع القبول، وفي الجناية والغصب والقتل والنكاح يمنع.

والأصل أن المشهود به إن كان قولًا كالبيع ونحوه، فاختلافهما في الزمان

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٤٢، ٤٤٣).
(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٤٨)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٤/ ١٠٧).
(٣) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٩٢)، المغني (١٠/ ٢١٥).
(٤) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٤٧٤).

بِيَقِينٍ وَلَيْسَتْ إِحْدَاهُمَا بِأَوْلَى مِن الأُخْرَى (فَإِنْ سَبَقَتْ إِحْدَاهُمَا وَقَضَى بِهَا ثُمَّ حَضَرَتْ الأُخْرَى لَمْ تُقْبَلْ) لِأَنَّ الأُولَى تَرَجَّحَتْ بِاتِّصَالِ القَضَاءِ بِهَا فَلَا تُنْتَقَضُ بِالثَّانِيَةِ.

(وَإِذَا شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ سَرَقَ بَقَرَةً، وَاخْتَلَفَا فِي لَوْنِهَا، قُطِعَ، وَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا: بَقَرَةً، وَقَالَ الآخَرُ: ثَوْرًا، لَمْ يُقْطَعْ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ (وَقَالَا: لَا يُقْطَعُ فِي الوَجْهَيْنِ)(*) جَمِيعًا، وَقِيلَ: الِاخْتِلَافُ فِي لَوْنَيْنِ يَتَشَابَهَانِ كَالسَّوَادِ

أو المكان لا يمنع، وبه قال أحمد[١] في رواية؛ لأن القول مما يعاد ويكرر، وإن كان المشهود به فعلًا كالغصب ونحوه، أو قولًا لكن الفعل شرط صحته كالنكاح فإنه قول، وحضور الشاهدين فعل، وهو شرط، فاختلافهما في الزمان والمكان يمنع القبول؛ لأن الفعل في زمان أو مكان غير الفعل في زمان أو مكان غيره، فاختلف المشهود به.

وقال الشافعي[٢] وأحمد[٣] في ظاهر روايته: اختلافهما في الزمان أو المكان يمنع في الجميع إلا فيما إذا شهد أحدهما أنه طلقها يوم الخميس، وقال الآخر: أقر بطلاقها يوم الجمعة فإنه يُقبل، وكذا في البيع والنكاح وغيرهما فلا ينتقض بالثانية؛ لأن القضاء بالأول قضاء ببطلان الثاني ضمنًا؛ إذ قتل شخص واحد لا يكون في موضعين[٤].

قوله: (وقالا: لا يقطع في الوجهين)، وبه قالت الأئمة الثلاثة[٥].

قال التمرتاشي: هذا الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه فيما إذا ادعى سرقة بقرة فقط، أما إذا ادعى سرقة بقرة بيضاء أو سوداء لا تُقبل شهادتهما بالإجماع؛ لأنه كذّب أحد الشاهدين، وكذا الخلاف فيما إذا ادعى سرقة ثوب فقط، فقال

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٢/ ٢٩٢)، المغني (١٠/ ٢١٧).

(٢) انظر: الأم (٧/ ٥٥)، الحاوي الكبير (١٧/ ٢٤٤، ٢٤٥).

(٣) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٩٢)، المغني (١٠/ ٢١٧).

(٤) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٧٢، ١٧٣)، فتح القدير (٧/ ٤٤٣، ٤٤٤).

(٥) انظر: الذخيرة (١٠/ ١٩٠)، مواهب الجليل شرح مختصر خليل (٦/ ٢٠٩)، الحاوي الكبير (١٧/ ٢٤٥)، المغني (١٠/ ٢١٥)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ٢٢).

وَالحُمْرَةِ، لَا فِي السَّوَادِ وَالبَيَاضِ، وَقِيلَ: هُوَ فِي جَمِيعِ الأَلْوَانِ. لَهُمَا: أَنَّ السَّرِقَةَ فِي السَّوْدَاءِ غَيْرُهَا فِي البَيْضَاءِ فَلَمْ يَتِمَّ عَلَى كُلِّ فِعْلٍ نِصَابُ الشَّهَادَةِ وَصَارَ كَالغَصْبِ بَلْ أَوْلَى، لِأَنَّ أَمْرَ الحَدِّ أَهَمُّ وَصَارَ كَالذُّكُورَةِ وَالأُنُوثَةِ. وَلَهُ: أَنَّ التَّوْفِيقَ مُمْكِنٌ، لِأَنَّ التَّحَمُّلَ فِي اللَّيَالِي مِن بَعِيدٍ، ....

أحدهما: هروي، وقال الآخر: مروزي، فإن اختلفا في الزمان أو المكان لم تقبل بالإجماع.

قوله: (**لا في السواد والبياض**)، يعني لا في لونين لا يتشابهان كالسواد والبياض، فإنه حينئذ لا يُقبل بالإجماع. كذا ذكره الكرخي.

والأصح أن الكل على الخلاف. ذكره في المبسوط(١) والفوائد الظهيرية.

قوله: (**وصار كالغصب**) يعني شهدا بغصب بقرة، واختلفا في لونها.

(**بل أولى**) لأن الثابت بالغصب ضمان لا يسقط بالشبهات، [والثابت هنا حد يسقط بالشبهات](٢) وهذا معنى **قوله**: (**لأن أمر الحد أهم**) أي: أعسر في الإثبات، ولهذا لا يثبت بالشهادة على الشهادة، ولا بشهادة النساء، ولا بأقل من أربعة.

وفي الأسرار، بعد ذكر وجه قولهما: وهذا أحق وأدق: فالحدّ يسقط بالشبهات، وهذا الاختلاف مما يقع في الغصب، فلا بد أن يوجب شبهة هنا.

قوله: (**لأن التحمل في الليالي**) إذ أكثر السرقات تكون في الليالي، فيكون التحمل فيها غالبًا.

فإن قيل: في هذا احتيال لإثبات الحدِّ، والحَدُّ يحتالُ دَرْؤُه لا إثباته.

قلنا: القطع لا يضاف إلى إثبات الوصف؛ لأنهما لم يكلفا نقله، فصار كما إذا اختلفا في ثياب السارق، وهذا لأنهما يكلّفان لبيان القيمة ليعلم أنه: هل كان نصابًا؟ فأما اللون فلا، وإذا لم يكن القطع مضافًا إلى إثبات الوصف صار هذا بمنزلة الحقوق التي تثبت مع الشبهات، فصح الاحتيال فيه للإثبات إحياءً للحقوق بقدر الإمكان، والتوفيق ممكن. كذا ذكره الكاساني.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٩/ ١٦٢).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَاللَّوْنَانِ يَتَشَابَهَانِ أَوْ يَجْتَمِعَانِ فِي وَاحِدٍ، فَيَكُونُ السَّوَادُ مِن جَانِبٍ وَهَذَا يُبْصِرُهُ، وَالبَيَاضُ مِن جَانِبٍ آخَرَ وَهَذَا الآخَرُ يُشَاهِدُهُ، بِخِلَافِ الغَصْبِ، لِأَنَّ التَّحَمُّلَ فِيهِ بِالنَّهَارِ عَلَى قُرْبٍ مِنهُ، وَالذُّكُورَةُ وَالأُنُوثَةُ لَا يَجْتَمِعَانِ فِي وَاحِدَةٍ، وَكَذَا الوُقُوفُ عَلَى ذَلِكَ بِالقُرْبِ مِنهُ فَلَا يَشْتَبِهُ.

قَالَ: (وَمَنْ شَهِدَ لِرَجُلٍ أَنَّهُ اشْتَرَى عَبْدًا مِن فُلَانٍ بِأَلْفٍ، وَشَهِدَ آخَرُ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِمِائَةٍ فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّ المَقْصُودَ إِثْبَاتُ السَّبَبِ وَهُوَ العَقْدُ وَيَخْتَلِفُ

ثم إذا وقفنا وقبلنا الشهادة يجب الحد ضرورة لا قصدًا. كذا في الكافي(١).

قوله: (واللونان يتشابهان) كالحُمرة [٢/ ٢١٤/أ] والصُّفرة، **(أو يجتمعان)** كما ذكره.

فإن قيل: لو كانت البقرة على هذه الصفة يقال لها بلقاء، لا سوداء ولا بيضاء.

قلنا: نعم كذلك، ولكن في حق من يعرف اللونين، أما في حق من لا يعرف إلا أحدهما يكون عنده ذلك اللون. كذا في المبسوط(٢).

وفي المبسوط(٣): الاختلاف [في الصفة ليس الاختلاف](٤) في جنس الشهادة؛ لأنهما لم يكّلفا نقل صفته، حتى لو سكتا عن بيانها تقبل شهادتهما، وإذا لم يكن بيانها من جنس الشهادة، فالاختلاف فيما ليس من جنس الشهادة على وجه يمكن التوفيق لا يمنع القبول عنده.

قوله: (لأن التحمل فيه) أي: في الغصبِ **(بالنهار)** غالبًا.

قوله: (وكذا الوقوف على ذلك) أي: الوقوف على صفة الذكورة والأنوثة لا يكون إلا بقرب منه؛ لأن الحيوان لا يشتمل عليهما، وعند القرب لا يقع الاشتباه، فلا يشتغل بالتوفيق. كذا في المبسوط(٥).

(فالشهادة باطلة) لأنهما لم يتفقا على حدٍّ واحد؛ إذ الشراء

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٤٤)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٧٥).
(٢) المبسوط للسرخسي (٩/ ١٦٣).
(٣) المبسوط للسرخسي (٩/ ١٦٣).
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٥) المبسوط للسرخسي (٩/ ١٦٢، ١٦٣).

بِاخْتِلَافِ الثَّمَنِ، فَاخْتَلَفَ المَشْهُودُ بِهِ، وَلَمْ يَتِمَّ العَدَدُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ، وَلِأَنَّ المُدَّعِيَ يُكَذِّبُ أَحَدَ شَاهِدَيْهِ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ المُدَّعِي هُوَ البَائِعَ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَدَّعِيَ المُدَّعِي أَقَلَّ المَالَيْنِ أَوْ أَكْثَرَهُمَا لِمَا بَيَّنَّا (وَكَذَلِكَ الكِتَابَةُ) لِأَنَّ المَقْصُودَ هُوَ

بالألف وخمسمائة، والمقصود في إثبات السبب هو العقد، وإذا اختلف المشهود به تعذر الحكم؛ لقصور الحُجّة عن كمال العدد على مَا يدعيه المُدّعِي، وكذا إذا كان المدعي هو البائع، سواء ادعي أقل المالين أو أكثرهما؛ لما بينا، وهو أن المقصود إثبات السبب.

وفي الفوائد الظهيرية: عن السيد الإمام الشهيد السمرقندي: تُقبل؛ لأن الشراء الواحد قد يكون بألف، ثم يصير بألف وخمسمائة، بأن اشترى ثم يزيد في الثمن، فقد اتفقا على الشراء الواحد، بخلاف ما لو قال أحد: اشترى بألف درهم، والآخر بألف دينار، حيث لا تقبل؛ لأن الشراء الواحد لا يكون بألف ثم يصير بمائة دينار، وفيه نوع تأمل.

وإنما قلنا: المقصود إثبات السبب لا الملك المطلق، فلو كان المراد الملك لما احتاج إلى ذكر السبب، وقد وقع الاختلاف بينهما في حق السبب؛ إذ في الملك لا يقع الاختلاف[1].

قوله: (وكذلك الكتابة)، وفي جامع قاضي خان: الكتابة بمنزلة البيع إن كان الدعوى من العبد؛ لأنه يدّعي العقد، وإن كان الدّعوى من المولى لا يفيد؛ لأن العبد متمكن من الفسخ؛ إذ الكتابة غير لازمة في حق العبد، وكذا في جامع شمس الأئمة، وفيه: وكذا الخلع إذا ادّعته المرأة وأنكر الزوج، أما لو ادعى المولى والزوج يثبت العتق والطلاق بالإقرار، وإنما بقي مجرد دعوى المال، وهو يدعي ألفًا وخمسمائة فيقضى له بشهادتهما بألف لاتفاق الشاهدين لفظًا ومعنًى، ولأن الزوج غير مكذب لمن شهد بالأقل؛ بل هو يدعي ذلك وزيادة، فأما إذا كان الدعوى من العبد والمرأة فالحاجة إلى القضاء بالسبب، وقد اختلف الشاهدان فيه.

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٤٦)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٧٦).

العَقْدُ، إنْ كَانَ المُدَّعِي هُوَ العَبْدَ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إذَا كَانَ هُوَ المَوْلَى، لِأَنَّ العِتْقَ لَا يَثْبُتُ قَبْلَ الأَدَاءِ، فَكَانَ المَقْصُودُ إثْبَاتَ السَّبَبِ (وَكَذَا الخُلْعُ وَالإِعْتَاقُ عَلَى مَالٍ وَالصُّلْحُ عَنْ دَمِ العَمْدِ، إذَا كَانَ المُدَّعِي هُوَ المَرْأَةَ أَوْ العَبْدَ أَوْ القَاتِلَ) لِأَنَّ المَقْصُودَ إثْبَاتُ العَقْدِ وَالحَاجَةُ مَاسَّةٌ إلَيْهِ، وَإِنْ كَانَتْ الدَّعْوَى مِن جَانِبٍ آخَرَ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ دَعْوَى الدَّيْنِ فِيمَا ذَكَرْنَا مِن الوُجُوهِ، لِأَنَّهُ ثَبَتَ العَفْوُ وَالعِتْقُ وَالطَّلَاقُ بِاعْتِرَافِ صَاحِبِ الحَقِّ، فَبَقِيَ الدَّعْوَى فِي الدَّيْنِ وَفِي الرَّهْنِ، إنْ كَانَ المُدَّعَى هُوَ الرَّهْنَ لَا يُقْبَلُ، لِأَنَّهُ لَا حَظَّ لَهُ فِي الرَّهْنِ فَعَرِيَتْ الشَّهَادَةُ عَنْ الدَّعْوَى، وَإِنْ كَانَ المُرْتَهِنَ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ دَعْوَى الدَّيْنِ.

قوله: (والحاجة ماسة إليه) أي: إلى إثبات العقد ليثبت الطلاق والعتاق والعفو.

قوله: (وإن كان الدعوى من الجانب الآخر) بأن قال الزوج: طلقتك على ألف وخمسمائة، والمرأة تدعي الألف، وكذا المولى ووليّ القصاص إذا ادعيا أكثر المالين.

(لأنه لا حظ له في الرهن) أي: لا فائدة للراهن في هذه الدعوى؛ لأنه ليس له أن يسترد الرهن قبل قضاء الدين، فلمّا لم تفد الدعوى فائدتها صارت كأنها لا دعوى. إليه أشار المحبوبي[(١)].

قوله: (وإن كان) أي: المُدّعي هو **(المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين)** أي: يُقضى بأقل المالين إجماعًا.

فإن قيل: الرهن لا يثبت إلا بإيجاب وقبول، فكان عقدًا كسائر العقود، فينبغي أن يكون اختلاف الشاهدين في قدر المال بمنزلة اختلافهما في البيع أو الشراء وإن كانت الدّعوى من المرتهن.

قلنا: لما كان عقد الرهن غير لازم في حق المرتهن؛ لأن له أن يردّ الرهن متى شاء، بخلاف الراهن؛ لأنه ليس له ولاية استرداد الرهن متى شاء، فكان الاعتبار لدعوى الدين في جانب المرتهن؛ إذ الرهن لا يكون إلا بالدين، فتُقبل

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٤٨)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٧٧).

وَفِي الْإِجَارَةِ: إِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي أَوَّلِ الْمُدَّةِ فَهُوَ نَظِيرُ الْبَيْعِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ وَالْمُدَّعِي هُوَ الْآجِرُ فَهُوَ دَعْوَى الدَّيْنِ.

قَالَ: (فَأَمَّا النِّكَاحُ فَإِنَّهُ يَجُوزُ بِأَلْفٍ اسْتِحْسَانًا، وَقَالَا: هَذَا بَاطِلٌ فِي النِّكَاحِ

بيّنته في حق ثبوت الدين، ويثبت الرهن بالألف ضمنًا وتبعًا للدين. إليه أشار قاضي خان[(١)].

قوله: (والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين) إذ لا حاجة هنا إلى إثبات العقد، وإن كان المدعي هو [٢/ ٢١٤/ب] المستأجر بعد مضي المدة كان ذلك منه اعترافًا بمال الإجارة، فيجب عليه ما اعترف، فلا حاجة فيه حينئذ إلى اتفاق الشاهدين أو اختلافهما[(٢)].

قوله: (فأما النكاح) إلى آخره، وفي الفوائد الظهيرية: إن كان المدعي هو الزوج فهو كدعوى البيع والشراء، فلا تُقبل إجماعًا؛ لأن الزوج لا يقصد إلا العقد، وإن كانت المرأة هي المُدّعية، فالجواب عند أبي حنيفة كالجواب في دعوى الدين، وعندهما كالجواب في دعوى البيع.

وجه قولهما أن الحاجة هاهنا إلى إثبات العقد؛ إذ العقد لا يثبت بإقرار المرأة وحدها، والنكاح بألف غير النكاح بألف وخمسمائة، كالبيع والشراء.

ولأبي حنيفة أن التسمية في النكاح كما تصح عند العقد تصح بعده، فالتسمية في الصحة لا تفتقر إلى إنشاء العقد، وإنما تفتقر إلى قيام العقد، وقيام العقد تارة يكون حال ابتداء العقد، وطورًا يكون حالة البقاء، والبيّنة على العقد لا تقبل حالة البقاء؛ لأن البقاء لعدم الدليل المزيل، والشهادة على يعرف لعدم الدليل المزيل لم تقبل كالشهادة على النفي، وإذا لم يمكن إثبات البقاء بالبيّنة لا يشترط لقبول البينةِ على التسميةِ قبولُ البينة على بقاء العقد، وابتداء العقد ليس بشرط لصحة التسمية، فلم يكن قبول البينة شرطًا لا ابتداء ولا بقاء لصحة القضَاء بالتسمية، فكانت البينة القائمة على التسمية والبينة القائمة على المنفرد سواء، بخلاف البيع؛ لأن البينة إذا امتنع في حق العقد امتنع في حق التسميةِ؛

---

(١) فتاوى قاضي خان (٣/ ٥٥٧).

(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٤٩)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٧٧).

أَيْضًا)(*) وَذَكَرَ فِي الأَمَالِي قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. لَهُمَا: أَنَّ هَذَا اخْتِلَافٌ فِي العَقْدِ، لِأَنَّ المَقْصُودَ مِن الجَانِبَيْنِ السَّبَبُ فَأَشْبَهَ البَيْعَ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّ المَالَ فِي النِّكَاحِ تَابِعٌ، وَالأَصْلُ فِيهِ الحِلُّ وَالِازْدِوَاجُ وَالمِلْكُ، وَلَا اخْتِلَافَ فِي مَا هُوَ الأَصْلُ فَيَثْبُتُ، ثُمَّ إِذَا وَقَعَ الِاخْتِلَافُ فِي التَّبَعِ يَقْضِي بِالأَقَلِّ لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ، وَيَسْتَوِي دَعْوَى أَقَلِّ المَالَيْنِ أَوْ أَكْثَرِهِمَا فِي الصَّحِيحِ. ثُمَّ قِيلَ: لِاخْتِلَافٍ فِيمَا إِذَا كَانَتْ المَرْأَةُ هِيَ المُدَّعِيَةَ وَفِيمَا إِذَا كَانَ المُدَّعِي هُوَ الزَّوْجَ إِجْمَاعٌ عَلَى أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ، لِأَنَّ مَقْصُودَهَا قَدْ يَكُونُ المَالَ، وَمَقْصُودَهُ لَيْسَ إِلَّا العَقْدَ. وَقِيلَ: الِاخْتِلَافُ فِي الفَصْلَيْنِ وَهَذَا أَصَحُّ، وَالوَجْهُ مَا ذَكَرْنَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

لعدم صحة التسمية، فلا عقد، وبخلاف ما إذا كان المدعي هوَ الزوج؛ لأن الحاجة إلى إثبات العقد، وقد تعذر(١).

قال الصدر الشهيد: يصح النكاح بأقل المالين، سَوَاء كان المدعي الزوج أو المرأة، والمدعي يدعي الأقل والأكثر، كما أطلق في الكتاب.

وفي النهاية: وفيه نظر، والجواب فيه على التفصيل كما ذكره في الفوائد الظهيرية، وسمعت عن شيخي رحمه الله: وفيه نظر، وينبغي أن يكون الجواب فيه كالجواب في الدين إذا كان المُدّعِي يَدّعِي أكثر المالين عنده؛ لأن ما ثبت بالنكاح، وهو ملك البضع، ثابت من غير اختلاف، فبقي المال منفردًا، والجواب فيه ما قلنا.

قوله: (يقضي بالأقل) لاتفاقهما عليه.

فإن قيل: لا، بل في هذا تكذيب لأحد الشاهدين، كما في البيع.

قلنا: المال ليس بمقصود هاهنا؛ لما أن النكاح يجوز بدون ذكره، وإنما لزم التكذيب في البيع؛ لأن المال مقصود فيه، فالتكذيب في المقصود يوجب نفي الحكم؛ لانعدامِهِ نصاب الشهادة وفي النكاح، فالتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الأصل، وهو العقد(٢).

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٥٠)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٧٨).

(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٥٢)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٧٩).

فَصْلٌ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الإِرْثِ

قَالَ: (وَمَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى دَارٍ أَنَّهَا كَانَتْ لِأَبِيهِ أَعَارَهَا أَوْ أَوْدَعَهَا الَّذِي هِيَ فِي يَدِهِ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا، وَلَا يُكَلَّفُ البَيِّنَةَ أَنَّهُ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا لَهُ) وَأَصْلُهُ أَنَّهُ مَتَى ثَبَتَ مِلْكُ المُورِثِ لَا يَقْضِي بِهِ لِلْوَارِثِ حَتَّى يَشْهَدَ الشُّهُودُ أَنَّهُ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا لَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ ﵀. هُوَ يَقُولُ: إِنَّ مِلْكَ الوَارِثِ مِلْكُ المُورِثِ فَصَارَتْ الشَّهَادَةُ بِالمِلْكِ لِلْمُورِثِ شَهَادَةً بِهِ لِلْوَارِثِ(*)، وَهُمَا يَقُولَانِ: ....

فَصْلٌ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الْإِرْثِ

لما فرغ من الشهادة في حق الأحياء شرع في بيان الشهادة فيما يتعلق بالأموات؛ إذ الموت بعد الحياة.

قوله: (وتركها ميراثًا له)، وفي الفوائد الظهيرية: هذا بالإجماع، لكن على اختلاف التجريح؛ فعند أبي يوسف بسبب أنه لا يقول في الميراث باشتراط الحر، والانتقال من المورث إلى الوارث في قبول البيّنة، وهما وإن كانا يشترطان ذكر الحر والانتقال، أما هاهنا لم يشترطا؛ لأن المدعِي أثبت لمورثه يدًا في المدعى بما أقام من البينة؛ لأن يد المودع والمستعير يد المودِع والمعير، فصار كأنه أقام البيّنة؛ لأن أباه مات والدار في يده، ولو كان كذلك كانت البيّنة مقبولة، فكذا هذا[١].

قوله: (متى ثبت الملك للمورث) أي: مطلقًا، من غير أن يثبت أنه كان ملكًا له وقت الموت.

قوله: (إن ملك الوارث ملك المورث) لكون الوراثة خلافة، ولهذا يرد بالعيب، ويرد عليه بالعيب، ويصير مغرورًا فيما كان المورث مغرورًا فيه[٢].

قوله: (هما يقولان) إلى آخره، يعني هما، وإن كانا يشترطان الحر؛ لأن

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٥٧)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٨١).

(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٨١)، فتح القدير (٧/ ٤٥٧).

....

كون الدار ملكًا لذي اليد ثبت باستصحاب الحال؛ لأنهم شهدوا أنها كانت لأبيه، والثابت بالاستصحاب يصلح لإبقاء ما كان على ما كان، لا لإثبات ما لم يكن.

وفي جامع المحبوبي: ما جوابهما عن بيّنة قامت المدعي بملكية هذا العين له فإنه يقضي للمدعي وإن لم يشهدوا له في الحال، وكذا فيمن أقام بيّنة على عين في يد إنسان أنه اشتراها من فلان [٢/ ٣١٥/ أ] الغائب، ولم يقم البيّنة على ملك البائع، وذو اليد ينكر ملك البائع، فإنه يحتاج إلى إقامة البينة أنه ملك البائع يوم البيع؛ لثبوته اقتضاء، فوجب أن يكون في مسألتنا كذلك، وهذه المسألة أشبه بمسألتنا؛ إذ الشراء والإرث كل واحد سبب الملك.

قلنا: جوابه أن يكون هذا العين ملكًا للمورث بالاستصحاب لا البينة، والثابت بالاستصحاب حُجّة لإبقاء ما كان لا لإثبات ما لم يكن ثابتًا، كالملك الثابت بظاهر اليد لا يصلح للأخذ بالشفعة إذا أنكر المشتري ملكه، فكذا هاهنا مالكية الوارث لم تكن ثابتة، وإنما تثبت للحال، فكان ملكًا متجددًا من وجه، حتى لو كانت صدقة تحل له، ويجب الاستبراء عليه، فيأخذ الاعتبارين إن وجب القضاء بهذه البيّنة، فباعتبار الآخر لا يجب، فلا يجب بالشك.

بخلاف ما لو شهدا أنها كانت للمُدّعي وهو حي؛ إذ ليس في القضاء بتلك الشهادة إثبات أمر لم يكن؛ لأن ملك المُدّعي إذا ثبت في الماضي يبقى إلى وقت آخر، واستصحاب الحال حجة فيه، أما هاهنا الاستصحاب لإثبات مالكية الوارث؛ لأنها لم تكن ثابتة من الوجه الذي قلنا، وبخلاف مسألة الشراء؛ لأن ملك المشتري مضاف إلى الشراء الثابت بالبيّنة لا إلى بقاء ملك البائع في المبيع، وإن كان لا بد لإثبات ملك المشتري من بقاء ملك البائع؛ لأن الشراء آخرهما وجودًا، وأنه سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق من غير إيجاب الملك فيكون مضافًا إلى الشراء، وأنه ثابت بالبيّنة.

أما هاهنا ثبوت الملك للوارث مضاف إلى كون المال ملكًا للمورث وقت الموت لا إلى الموت؛ لأن الموت ليس بسبب موضوع للملك؛ بل هو موضوع لإبطال الملك، فكم من موت ليس فيه إيجاب الملك لأحد، وعن هذا وقع

إنَّ مِلْكَ الوَارِثِ مُتَجَدِّدٌ فِي حَقِّ العَيْنِ حَتَّى يَجِبَ عَلَيْهِ الِاسْتِبْرَاءُ فِي الجَارِيَةِ المَوْرُوثَةِ، وَيَحِلُّ لِلْوَارِثِ الغَنِيِّ مَا كَانَ صَدَقَةً عَلَى المُورَثِ الفَقِيرِ فَلَا بُدَّ مِن النَّقْلِ، إلَّا أَنَّهُ يَكْتَفِي ....

الفرق بين التعليق بالشراء والتعليق بالموت، حتى لو قال لأمَةٍ: إن اشتريتك فأنت حرة صح اليمين، ولو قال: إن مات مولاك فأنت حرة، والحالف وارثه لا يصح اليمين، وبقاء ملك الميت إلى يوم الموت فيما نحن فيه ثابت باستصحاب الحال، وأنه لا يصلح لإثبات مَا لم يكن ثابتًا، وإن صح لإبقاء ما كان ثابتًا[١].

قوله: (**فلا بد من النقل**) أي: الجر، وهو أن يقول الشهود: أنه مات وتركها ميراثًا له، وهو تفسير الحر في الشهادة في المواريث، ولهذا لو ادعى دينًا على المورث وشهدا أنه كان له على الميت دين لا تقبل حتى يقولوا: إنه مات وهو عليه. ذكره في القنية[٢].

قوله: (**إلا أنه يكتفي**) إلى آخره: استثناء من قوله: (**لا بد من النقل**) [يعني عندهما لا بد من النقل][٣] والجرِّ، إلا أن الشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت على الدار، أو قيام يد المورث عليها وقت الموت قائم مقام قولهم: كانت لأبيه، مات وتركها ميراثًا؛ لأن الشهادة باليد يوم الموت شهادة بالملك له وقت الموت؛ لأن اليد المجهولة تنقلب يد ملك عند الموت؛ لأن الظاهر من حال من حضره الموت أن يسوي أسبابه، ويبين ما كان عنده من الودائع أو المغصوب، فإذا لم يبين فالظاهر أن ما في يده ملكه.

وروى الحسن بن زياد، وعلي بن يزيد الطبري صاحب محمد بن الحسن أنه لا تقبل الشهادة في هذه الصورة؛ لأنهم شهدوا بيدٍ عرف القاضي زوالها، ولم يشهدوا بالملك للمورث، ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية أصح؛ لما ذكرنا أن الأيدي المجهولة تنقلب عند الموت يد ملك، أما لو شهدوا أنها كانت لأبيه ولم يجروا فالقاضي لا يقبل الشهادة في قولهما، وهو قول أبي يوسف أولًا، ثم

(١) انظر: فتح القدير (٧/ ٤٥٧)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧/ ١١٨).
(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٥٧)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٨٢).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

بِالشَّهَادَةِ عَلَى قِيَامِ مِلْكِ الْمُورَثِ وَقْتَ الْمَوْتِ لِثُبُوتِ الِانْتِقَالِ ضَرُورَةً، وَكَذَا عَلَى قِيَامِ يَدِهِ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ، وَقَدْ وُجِدَتْ الشَّهَادَةُ عَلَى الْيَدِ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ، لِأَنَّ يَدَ الْمُسْتَعِيرِ وَالْمُودَعِ وَالْمُسْتَأْجِرِ قَائِمَةٌ مَقَامَ يَدِهِ، فَأَغْنَى ذَلِكَ عَنْ الْجَرِّ وَالنَّقْلِ (وَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِ فُلَانٍ مَاتَ وَهِيَ فِي يَدِهِ جَازَتْ الشَّهَادَةُ) لِأَنَّ الْأَيْدِيَ عِنْدَ الْمَوْتِ تَنْقَلِبُ يَدَ مِلْكٍ بِوَاسِطَةِ الضَّمَانِ، وَالْأَمَانَةُ تَصِيرُ مَضْمُونَةً بِالتَّجْهِيلِ ....

رجع أبو يوسف، وقال: تقبل، ولو شهدوا أنها لابنه لا تُقبل. ذكره محمد في كتاب الدعوى من غير ذكر خلاف.

واختلف المشايخ؛ قيل: لا تُقبل على قولهما، وتقبل عند أبي يوسف.

وقيل: لا تقبل هذه الشهادة بلا خلاف. كذا في الذخيرة(١) والمغني.

وقوله: (على ما نذكره) إشارة إلى ما ذكر بعده بقوله: **(لأن الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك)**.

قوله: (والأمانة تصير مضمونة بالتجهيل) يعني إذا ماتَ المودَع، ولم يبين أنها وديعة يضمن، ولو هلكت الوديعة بعد موته يجب ضمانه في تركته؛ لأنه لما مات بدون البيان ترك الحفظ، والمودع بترك الحفظ كان متعديًا، والتعدي موجب للضمان، ولما صار ضامنًا صار المضمون ملكًا بواسطة وجوب [٢/ ٢١٥/ب] الضمان، فيثبت أن الشهادة على اليد شهادة على الملك عند الموت، والملك الثابت عند الموت ينقل إلى الوارث ضرورة، فلذلك استغنى عن ذكر الجر. إليه أشار قاضي خان(٢) وغيره.

فإن قيل: يشكل على **قوله: (لأن الأيدي تنقلب)** إلى آخره مسائل:

منها: لو شهدا أن أباه دخل في هذه الدار ومات فيها.

ومنها: لو شهدا أنه كان فيها حتى مات.

ومنها: لو شهدا أنه مات فيها.

ومنها: لو شهدا أنه قاعد على هذا البساط، أو نائم على هذا الفراش ومات عليه.

---

(١) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣٧٨، ٣٧٩).

(٢) انظر: فتاوى قاضي خان (٣/ ٢٦٣، ٢٦٤).

فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الشَّهَادَةِ عَلَى قِيَامِ مِلْكِهِ وَقْتَ المَوْتِ.

(وَإِنْ قَالُوا لِرَجُلٍ حَيٍّ: نَشْهَدُ أَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِ المُدَّعِي مُنْذُ شَهْرٍ، لَمْ تُقْبَلْ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهَا تُقْبَلُ، لِأَنَّ اليَدَ مَقْصُودَةٌ كَالمِلْكِ؛ ....

ومنها: لو شهدا أنه مات وهذا الثوب موضوع على رأسه لا تقبل هذه الشهادات، حتى لا يستحق الوارث شيئًا منها، وإن كانت هذه الأشياء في يده وقت الموت.

قلنا: حصل جواب هذه المسائل بما ذكره بقوله: ملكه بواسطة الضمان؛ إذ هذه الأشياء ليست بموجبة للضمان، وإن كانت في يده في حالة الموت.

وقال التمرتاشي: لم يستحق المُدّعِي بهذه الأشياء؛ لأن اليد على المحل لا تثبت بهذه الأشياء، بدليل أنه لا يصير غاصبًا، ولا يصير ذو اليد مقرًّا له، فكذا في الشهادة، بخلاف الشهادة بالركوب والحمل واللبس؛ لأن اليد تثبت بهذه الأشياء بدليل[1].

قوله: (فصار) أي: فصار قول الشاهد بأنها كانت في يده وقت الموت **(بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت).**

قوله: (لرجل حي) يعني إذا كانت الدار في يد رجل حي، فادعاها رجل آخر، وليست الدار في يده أنها له، فشهدوا على هذا الطريق، وقيد بقوله: **(حي)**؛ لأنهم لو شهدوا للميت بأنها كانت في يده وقت الموت تُقبل بالإجماع كما ذكرنا، وقيد بقوله: **(أنها كانت في يد المدعي)** لأنهم لو شهدوا أنها كانت له تقبل بالإجماع. كذا في جامع قاضي خان.

وأما **قوله: (منذ شهر)** وجوده كعدمه؛ لأن الخلاف ثابت فيما لم يذكره.

قال التمرتاشي: لو شهدوا لحي أن العين كانت في يده لم تقبل؛ لأن اليد محتملة يد غصب أو يد ملك، فإن كانت يد غصب لا تجب إعادته، وإن كانت يد ملك تجب إعادته، فلا يجب بالشك.

قوله: (لأن اليد مقصودة كالملك) فالملك متى ثبت يبقى إلى أن يوجد المزيل، فكذا في اليد.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع (٦/ ٢٧٥)، فتح القدير (٧/ ٤٥٧).

وَلَوْ شَهِدُوا أَنَّهَا كَانَتْ مِلْكَهُ تُقْبَلُ، فَكَذَا هَذَا، صَارَ كَمَا إِذَا شَهِدُوا بِالأَخْذِ مِن المُدَّعِي. وَجْهُ الظَّاهِرِ(*): وَهُوَ قَوْلُهُمَا، أَنَّ الشَّهَادَةَ قَامَتْ بِمَجْهُولٍ، لِأَنَّ اليَدَ مُنْقَضِيَةٌ وَهِيَ مُتَنَوِّعَةٌ إِلَى مِلْكٍ وَأَمَانَةٍ وَضَمَانٍ، فَتَعَذَّرَ القَضَاءُ بِإِعَادَةِ المَجْهُولِ،

قوله: **(شهدوا بالأخذ من المدعي)** يعني لو شهد أنها كانت في يد المدعي، وأخذها المدّعَى عليه الذي هو صاحب اليد تقبل الشهادة، وترد الدار إلى المدعي، وكذا إذا أقر المدعى عليه بأنها كانت في يد المدّعِي ترد على ما ذكرنا في الكتاب(١).

قوله: **(لأن اليد منقضية)** أي: زائلة، يعني يد المُدّعِي زائلة في الحال، وليست بقائمة حتى يحمل على الملك باعتبار الظاهر.

(وهي) أي: اليد **(متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان)** فلما كانت كذلك كانت مجهولة، فلم يجب الرد؛ لأنه لو وجب الرد من وجه لم يجب من وجهين، فلا يجب بالشك، وبخلاف الأخذ؛ لأنه معلوم وموجبه معلوم شرعًا، وهو الرد كيفما كان، قال عليه الصلاة السلام: «**عَلَى اليدِ ما أخذَتْ حتَّى تُردَّ**»(٢)، ولأن يد ذي اليد معاين، ويد المدعي مشهود به، والمعاين راجح؛ لأن المعاينة توجب العلم، والشهادة عليه الظن، فما كان موجبًا للعلم أولى(٣).

فإن قيل: يشكل هذا بمسألة بينة الخارج مع ذي اليد، وكذا بينة دعوى مطلق الملك على ذي اليد، مع أن بينة الخارج أولى، وبينة صاحب الملك أقوى، وما ترجح ذو اليد باليد المعاين.

قلنا: ذاك مُسلّم فيما لا يتنوع، وما أثبته بينة الخارج أو ملك المطلق لا يتنوع إلى ضمان وأمانة، وعدم وجود الرد إلى المدّعِي هنا باعتبار احتمال اليد

(*) الراجح: هو ظاهر الرواية.

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٨٣)، فتح القدير (٧/ ٤٦٠).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦ رقم ٣٥٦١)، والترمذي (٣/ ٥٥٨ رقم ١٢٦٦)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٢ رقم ٢٤٠٠) من حديث سمرة رضي الله عنه.
قال الترمذي: هذا حديث حسن.

(٣) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٦٠، ٤٦١)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٨٣).

بِخِلَافِ المِلْكِ، لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ غَيْرُ مُخْتَلِفٍ، وَبِخِلَافِ الآخِذِ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ وَحُكْمُهُ مَعْلُومٌ وَهُوَ وُجُوبُ الرَّدِّ، وَلِأَنَّ يَدَ ذِي اليَدِ مُعَايِنٌ، وَيَدُ المُدَّعِي مَشْهُودٌ بِهِ، وَلَيْسَ الخَبَرُ كَالمُعَايَنَةِ.

(وَإِنْ أَقَرَّ بِذَلِكَ المُدَّعَى عَلَيْهِ دُفِعَتْ إِلَى المُدَّعِي) لِأَنَّ الجَهَالَةَ فِي المُقَرِّ بِهِ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقْرَارِ (وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِ المُدَّعِي دُفِعَتْ إِلَيْهِ) لِأَنَّ المَشْهُودَ بِهِ هَاهُنَا الإِقْرَارُ وَهُوَ مَعْلُومٌ.

بَابُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ

قَالَ: (الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ جَائِزَةٌ فِي كُلِّ حَقٍّ لَا يَسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ) وَهَذَا

للأوجه، ووقع الشك في وجوب الرد فلم يرد، أما في دعوى الملك المطلق خلص ما يوجب الرد، وهو الملك عن التنوع، فعمل بما هو موضوع البينات، وهو أن ما كان أكثر إثباتًا أولى[(١)].

قوله: (**لا تمنع صحة الإقرار**) بل يجب عليه بيانه، كما لو أقر لفلان بشيء يجب عليه بيانه.

قوله: (**وهو**) أي: الإقرار (**معلوم**)، وإنما الجهالة في المقر به، وذلك لا يمنع القضاء، كما لو ادعى عشرة دراهم، فشهدا على إقرار المدّعَى عليه أن له عليه شيئًا جازت الشهادة، ويؤمَرُ بالبيان. [٢/٢١٦/أ] كذا في جامِع قاضي خان.

بَابُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ

لما فَرَغ عن بيان شهادة الأصول شرع في بيان شهادة الفروع؛ إذ الأصل مقدم على الفرع.

قوله: (**في كل حق لا يسقط بالشبهة**)، وبه قال أحمد[(٢)] والشافعي[(٣)] في

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٨٤)، فتح القدير (٧/ ٤٦٠).
(٢) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٨٨)، المغني (١٠/ ١٨٧).
(٣) انظر: الأم (٧/ ٥٣)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٩/ ٣٥).

اسْتِحْسَانٌ، لِشِدَّةِ الحَاجَةِ إِلَيْهَا، إِذْ شَاهِدُ الأَصْلِ قَدْ يَعْجِزُ عَنْ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ لِبَعْضِ العَوَارِضِ، فَلَوْ لَمْ تَجُزْ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ أَدَّى إِلَى إِتْوَاءِ الحُقُوقِ، وَلِهَذَا: جَوَّزْنَا الشَّهَادَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ وَإِنْ كَثُرَتْ، إِلَّا أَنَّ فِيهَا شُبْهَةً مِن حَيْثُ البَدَلِيَّةُ أَوْ مِن

قول، وقال مالك[1]: تُقبل في كل الحقوق، سواء كان حدًّا أو غيره، حقّ الله أو غيره، وبه قال الشافعي[2] في الأصح؛ لأن الفروع عدول نقلوا شهادة الأصول، فالحكم بشهادة الأصول، وهم كالترجمان.

وقلنا: القياس ألا تجوز شهادة الفروع لتمكن الشُّبهة فيها؛ إذ الأخبار إذا تناسختها يتمكن فيها زيادة ونقصان، ولأن أداء الشهادة عبادة، والنيابة لا تجري في العبادات، إلا أنه جوَزت استحسانًا لحاجة الناس، فإن الأصل يعجز عن الأداء لموته أو لمرض أو غيبة، فلو لم تُقبل لتعطلت الحقوق.

وفي المغني: الأصل أن كل ما ثبت بشهادة النساء مع الرجال ثبت بالشهادة على الشهادة؛ لأن المتمكن في الشهادة على الشهادة تهمة كذب الفروع وتهمة كذب الأصول، وفي شهادة النِّساء أيضًا تهمتان: تهمة الكذب بسبب عدم العصمة، وتهمة الضلال والنسيَان، فكانتا نظيرتين، إلا أن الشهادة على الشهادة تقبل عند العجز عن الأصول، وشهادة النِّساء مع الرجال تقبل مع القدرة على شهادة الرجال؛ لأن شهادة الفروع بدل من كل وجه، وشهادة النساء بدل من حيث الصورة كما بينا[3].

قوله: (أن فيها شبهة من حيث البدلية)، فإن قيل: لو كان فيها معنى البدلية ينبغي ألا يجوز الجمع بين الأصل والفرع، فإن القاضي لو قضى بشاهدٍ شهد أصلًا، وبشاهدين فرعين يجوز، وتكميل الأصل بالخلف لا يجوز، كما في الوضوء والتيمم. ذكره في الكافي.

وأيضًا يجوز القضاء بذلك مع القدرة على شهادة الأُصول عندنا.

---

(١) انظر: المدونة (٤/ ٢٣)، الذخيرة (١٠/ ٢٨٨).
(٢) انظر: الأم (٧/ ٥٣)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٩/ ٣٥).
(٣) انظر: المبسوط للسرخسي (١٦/ ١١٥)، المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣٩٢).

حَيْثُ إنَّ فِيهَا زِيَادَةَ احْتِمَالٍ، وَقَدْ أَمْكَنَ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ بِجِنْسِ الشُّهُودِ فَلَا تُقْبَلُ فِيمَا تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ كَالحُدُودِ وَالقِصَاصِ.

قلنا: بدلية شهادة الفروع بحسب المشهود به لا بحسب شهادة الأصول؛ لأن الشبهة في عامة الشهادات ثبت في المشهود به: أهو حق أم لا؟ وهاهنا تثبت شبهة زائدة في نفس الشهادة أنها: هل وجدت من الأصول أم لا؟ مع الشبهة في حق الأصول، والاحتراز عنه ممكن في بجنس الشهود، فيعتبر فيما يسقط بالشبهات، ثم هذه الشبهة في شهادة الفروع تمكنت باعتبار بدلية الفروع للأصول في حق المشهود به لم يعاينوه؛ لأن الفروع بدل من الأصول. إليه أشارَ في الأسرار[١].

قوله: (فيها زيادة احتمال)، يعني تهمة الكذب في الأصول والفروع؛ لعدم عصمتهم كما ذكرنا، وفي الفروع تهمة زائدة، وهي تهمة عدم السماع من الأصول، كالحدود والقصاص، فالشافعي[٢] في قول يوافقنا في الحدود لا في القصاص؛ لأنه قال: حجة في حقوق العباد أجمع العقوبات وغير العقوبات؛ لا في الحدود الخالصة لله تعالى.

فإن قيل: ذكر في المبسوط[٣] أن الشاهدين لو شهدَا على شهادة شاهدين أن قاضي كذا ضرب فلانًا حدًّا في قذف ـ تقبل، حتى ترد شهادة فلان.

قلنا: المشهود به فعل القاضي لا نفس الحد، وفعل القاضي مما يثبت بالشبهات، وإنما الذي لا يثبت مع الشبهات الأسباب الموجبة للعقوبة، وإقامة القاضي حد القذف ليس بسبب موجب للعقوبة.

فإن قيل: أليس أن إقامة الحد مسقط للشهادة بطريق العقوبة.

قلنا: ولكن رد شهادته من تمام حد، فيكون ما هو السبب الموجب للحد وهو القذف.

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٨٥)، فتح القدير (٧/ ٤٦٣).
(٢) انظر: الأم (٧/ ٥٣)، الحاوي الكبير (١٧/ ٢٢١).
(٣) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٣٩).

(وَتَجُوزُ شَهَادَةُ شَاهِدَيْنِ عَلَى شَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ). وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَجُوزُ إِلَّا الْأَرْبَعُ عَلَى كُلِّ أَصْلٍ اثْنَانِ: لِأَنَّ كُلَّ شَاهِدَيْنِ قَائِمَانِ مَقَامَ شَاهِدٍ وَاحِدٍ فَصَارَا كَالْمَرْأَتَيْنِ، وَلَنَا قَوْلُ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لَا يَجُوزُ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ إِلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ، وَلِأَنَّ نَقْلَ شَهَادَةِ الْأَصْلِ مِنَ الْحُقُوقِ فَهُمَا شَهِدَا بِحَقٍّ ثُمَّ شَهِدَا بِحَقٍّ آخَرَ فَتُقْبَلُ.

وفي المحيط[١]: ذكر محمد في الديات: لا تقبل هذه الشهادة.

قوله: (وقال الشافعي[٢]**: لا يجوز)** وهو أحد قوليه، واختاره المزني[٣] وعبد الملك المالكي[٤]؛ لأن الفرعين يقومان مقام أصلي واحد، فلا تتم حجة القضاء بهما، كالمرأتين، ولأن أحد الفرعين لو كان أصليًّا، فشهد على شهادة نفسه، وعلى شهادة صاحبه مع غيره ـ لا تتم الحجة بالاتفاق، فكذا إذا شهدا جميعًا على شهادة الأصلين.

وقال الشافعي[٥] في قول: يجوز، وهو قولنا ومالك[٦] وأحمد[٧] لقول عليٍّ: لا تجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين، مطلقًا من غير تقييد بأن يكون بإزاء كل أصل فرعان، ولم يرد عن غيره خلافه، فحل محل الإجماع، ولأن نقل شهادة الأصل من الحقوق؛ إذ طريق جواز [٢/٢١٦/ب] الشهادة على الشهادة نقل الشهادة، فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فَيُقبل، وهذا لأنهما إذا شهدا على شهادة أحدهما تثبت شهادته في مجلس القضاء، كما لو حَضَرَ بنفسه فشهد، ثم إذا شهد على شهادة الآخر تثبت شهادة أيضًا في مجلس القضاء، فلا فرق بين شهادتهما على شهادته، وبين شهادة رجلين آخرين عليهما[٨].

---

(١) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣٩٥).
(٢) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٣١، ٢٣٢)، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣/ ١٢٠٦).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٣١، ٢٣٢)، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣/ ١٢٠٦).
(٤) انظر: الخيرة (١٠/ ٢٩٠)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٥٨).
(٥) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٣١)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ٢٩٣).
(٦) انظر: المدونة (٤/ ٢٤)، الذخيرة (١٠/ ٢٨٨).
(٧) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٩٠)، المغني (١٠/ ١٩٢).
(٨) العناية شرح الهداية (٧/ ٤٦٤)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٨٦، ١٨٧).

(وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ وَاحِدٍ عَلَى شَهَادَةِ وَاحِدٍ) لِمَا رَوَيْنَا، وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى مَالِكٍ رَحِمَهُ اللهُ، وَلِأَنَّهُ حَقٌّ مِن الحُقُوقِ فَلَا بُدَّ مِن نِصَابِ الشَّهَادَةِ.

(وَصِفَةُ الإِشْهَادِ: أَنْ يَقُولَ شَاهِدُ الأَصْلِ لِشَاهِدِ الفَرْعِ: اشْهَدْ عَلَى شَهَادَتِي أَنِّي أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانَ بْنَ فُلَانٍ أَقَرَّ عِنْدِي بِكَذَا، وَأَشْهَدَنِي عَلَى نَفْسِهِ) لِأَنَّ الفَرْعَ كَالنَّائِبِ عَنْهُ فَلَا بُدَّ مِن التَّحْمِيلِ وَالتَّوْكِيلِ عَلَى مَا مَرَّ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَشْهَدَ كَمَا يَشْهَدُ عِنْدَ القَاضِي لِيَنْقُلَهُ إِلَى مَجْلِسِ القَضَاءِ ....

قوله: (لما روينا، وهو) أي: قول عليٍّ **(حجة على مالك)** فإنه قال في كتبنا، وقال مالك: تجوز شهادة الواحد على شهادة واحد، ولكن ذكر في جواهر المالكية[1]: لا يجوز، وهكذا ذكر في الحلية[2]، وذكر في الحلية[3] أن على قول أحمد وابن أبي ليلى وابن شبرمة والحسن البصري وعبد الله بن الحسن العنبري وعثمان البتي وإسحاق ـ يثبت بشهادة واحد شهادة الأصل الواحد؛ لأن الفرعي قام مقام الأصلي معبر عنه بمنزلة رسوله في إيصال شهادته إلى مجلس القضاء، فكأنه حضر وشهد بنفسه، واعتبروا هذا برواية الأخبار.

ولنا ما رَوَيْنا من قول عليّ، وقد مرَّ.

قوله: (لأن الفرع كالنائب عنه) أي: عن الأصل، وإنما قال: كالنائب، ولم يقل: نائب عنه؛ لأنه لو كان نائبًا عنه حقيقة لما جاز الجمع بين فرعي وأصلي، وقد نقلنا عن الكافي أنه يجوز[4].

وقوله: (على ما مر) إشارة إلى الذي ذكره قبل في فصل ما يتحمله الشاهد، وهو قوله: وإنما يصير موجبه بالنقل إلى مجلس القضاء فلا بد من الإنابة والتحميل.

قوله: (ولا بد أن يشهد) أي: لا بد أن يشهد الأصل عند الفرع عند التحمل **(كما يشهد)** ذلك الأصل **(عند القاضي)** بلا تفاوت، بأن يقول: إني

---

(١) انظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٥٨).
(٢) حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣/ ١٢٠٦).
(٣) حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣/ ١٢٠٦).
(٤) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٦٥)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٨٧).

(وَإِنْ لَمْ يَقُلْ: أَشْهَدَنِي عَلَى نَفْسِهِ، جَازَ) لِأَنَّ مَنْ سَمِعَ إِقْرَارَ غَيْرِهِ حَلَّ لَهُ الشَّهَادَةُ وَإِنْ لَمْ يَقُلْ: لَهُ اشْهَدْ (وَيَقُولُ شَاهِدُ الفَرْعِ عِنْدَ الأَدَاءِ: أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا أَشْهَدَنِي عَلَى شَهَادَتِهِ أَنَّ فُلَانًا أَقَرَّ عِنْدَهُ بِكَذَا وَقَالَ لِي: اشْهَدْ عَلَى شَهَادَتِي بِذَلِكَ) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِن شَهَادَتِهِ، وَذِكْرِ شَهَادَةِ الأَصْلِ وَذِكْرِ التَّحْمِيلِ، وَلَهَا لَفْظٌ أَطْوَلُ مِن هَذَا وَأَقْصَرُ مِنهُ، وَخَيْرُ الأُمُورِ أَوْسَطُهَا.

أشهد أن فلان بن فلان أقر عندي بكذا، فاشهد أنت على شهادتي أو معناه، لا بد أن يشهد الأصل عند التحميل كما يشهد الفرع عند القاضي.

(وإن لم يقل) أي: إن لم يقل الأصل عند الفرع: **(أشهدني على نفسه)** المقر أو المدعى عليه[(١)].

قوله: (لأنه لا بد من [شهادته) أي:][(٢)] شهادة الفرع.

قوله: (ولها) أي: ولشهادة الأداء **(لفظ أطول من هذا)** وهو أن يقول الفرعي عند القاضي: أشهد أن فلانًا شهد عندي أن لفلان على فلان كذا من المال، وأشهدني على شهادته، وأمرني أن أشهد على شهادته، وأنا أشهدُ على شهادته بذلك الآن، فيحتاج إلى ثمان شِينات، وفيما ذكر في الكتاب خمس شِيناتٍ، واختاره الحلواني **(وأقصر منه)** وهو أن يقول الفرع: أشهدني على شهادة فلان بكذا ـ جاز، وفيه شِينان، واختاره أبو الليث وأستاذه أبو جعفر الهندواني، وهكذا حكي فتوى السرخسي، وهكذا ذكر محمد في السير الكبير، وبه قالت الأئمة الثلاثة[(٣)]، وحكي أن فقهاء زمن أبي جعفر يخالفونه في ذلك، ويشترطون زيادة تطويل، فأخرج أبو جعفر الرواية من السير فانقادوا له، فلو اعتمد أحد على هذا كان أسهل. كذا في الذخيرة[(٤)] والمغني.

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٨٧، ١٨٨)، درر الحكام شرح غرر الأحكام (٢/ ٣٨٩).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) انظر: الذخيرة (١٠/ ٢٩٣)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٢٠٤)، الحاوي الكبير (١٧/ ٢٢٦)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٩/ ٤٠)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٨٩)، المغني (١٠/ ١٩١).
(٤) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣٩٧، ٣٩٨).

(وَمَنْ قَالَ: أَشْهَدَنِي فُلَانٌ عَلَى نَفْسِهِ، لَمْ يَشْهَدْ السَّامِعُ عَلَى شَهَادَتِهِ حَتَّى يَقُولَ لَهُ: اشْهَدْ عَلَى شَهَادَتِي) لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِن التَّحْمِيلِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ عِنْدَ مُحَمَّدٍ ﷺ لِأَنَّ

قوله: (ومن قال) أي: لو قال الأصل: **(أشهدني فلان على نفسه)** أي: المُقّر على إقراره (لم يسع) أي: لم يجز للسامع أن يشهد لعدم التحميل **(ولا بد من التحميل)** وبه قال الشافعي(١) ومالك(٢) وأحمد(٣)، وذكر ابن العاص الشافعي(٤): لو سمع رجلًا يشهد شاهدًا على شهادته يجوز أن يشهد على شهادته، وبه قال أحمد(٥) في رواية؛ لعدم الاحتمال، وفي الجواهر(٦): لو رآه الفرعي يشهد بين يدي الحاكم فله أن يشهد على شهادته، وإن لم يشهده، وبه قال أحمد(٧) في رواية؛ لعدم الشبهة، وقال محمد من أصحاب مالك: لا يجوز أن يشهد على شهادته؛ لأنه نيابة، فلا بد من التحميل.

قوله: (وهذا ظاهر عند محمد) إلى آخره، وذلك لأن الشاهد الفرعي لا علم له بالحق؛ بل ينقل شهادة غيره بطريق التوكيل عند محمد، حتى لو رجع الأصول دون الفروع يجب الضمان على الأصول، ولو رجع الأُصول والفروع يجبر الشهود عليه بين تضمين الأصول وبين تضمين الفروع، فلا يصير الوكيل وكيلًا بدون أمره، وعند أبي حنيفة وإن لم يكن الإشهاد توكيلًا، حتى لو منع الفرعي بعد الشهادة عن الشهادة لا يَصِحّ مَنْعَهُ، وكان للفرعي أن يشهد على شهادته.

وفي المحيط(٨): يصح منعه في قول، وتبطل شهادة الفروع، ولو رجع الأصول لا يجب الضمان عليهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف، إلا أن شهادة الأصول إنما تصير حجة بالنقل إلى مجلس [٢/ ٢١٧/أ] القاضي، ولهذا تعتبر

---

(١) انظر: الأم (٧/ ٥٤)، الحاوي الكبير (١٧/ ٢٦٦).
(٢) انظر: الذخيرة (١٠/ ٢٨٨)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٥٨).
(٣) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٨٩)، المغني (١٠/ ١٩٠).
(٤) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب (١٩/ ٤٠)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ٢٩٠).
(٥) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٩٠)، المغني (١٠/ ١٩٠).
(٦) انظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٥٧).
(٧) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٩٠)، المغني (١٠/ ١٩٠).
(٨) المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٥٧٥).

الْقَضَاءَ عِنْدَهُ بِشَهَادَةِ الفُرُوعِ وَالأُصُولِ جَمِيعًا حَتَّى اشْتَرَكُوا فِي الضَّمَانِ عِنْدَ الرُّجُوعِ، وَكَذَا عِنْدَهُمَا، لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِن نَقْلِ شَهَادَةِ الأُصُولِ لِيَصِيرَ حُجَّةً فَيَظْهَرَ تَحْمِيلُ مَا هُوَ حُجَّةٌ.

عدالة الأصول، فلا يكون لغيره أن يجعل كلامه حجة إلا بأمره، فلا بد من التّحميل. كذا في جامع قاضي خان(١).

قوله: (اشتركوا في الضمان)، وفي الفوائد الظهيرية: معنى اشتراكهم في الضمان أن المشهود عليه بالخيار بين تضمين الأصول وبين تضمين الفروع، وليس معناه أن يقضي بنصف الضمان على الأصول وبنصفه على الفروع؛ بل هذا كالغاصب مع غاصب الغاصب(٢).

وفي الذخيرة(٣): لو ضمن الفروع لا يرجعون على الأصول كما في الغصب، وإن ضمن الأصول لا يرجعون على الفروع أيضًا، بخلاف ما لو ضمن الغاصب حيث يرجع على غاصبه، وعندها الأصول مسببون والفروع مباشرون، وإذا اجتمعا وهما متعديان فالضمان على المَباشر.

قوله: (فيظهر تحميل ما هو حجة) أي: يظهر بالنقل التحميل، ولولا التحميل لم يوجد النقل، والنقل إلى مجلس القاضي حُجّة.

وفي الكافي: وتحمل الفروع إنما يصح إذا عاينوا حجة، والشهادة في غير مجلس القاضي ليس بحجة، فيجب النقل إلى مجلسه ليصير حجة، ويظهر أن التحمل حصل بما هو حجة، فلمّا لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحميل.

وفي الفوائد الظهيرية: قول المشايخ في هذا الموضع أن الشهادة لا تكون حُجّة إلا في مجلس القاضي، فلا يحصل العلم للقاضي لقيام الحق بمجرد شهادة الأصل مزيف؛ لأن الفرع لا يسعه الشهادة على الشهادة، وإن كان الأصل شهد عند القاضي بالحق عندنا في مجلسه فلا بد من طريق آخر، وهو أن الشهادة لا تجوز إلا بالتحميل والتوكيل، ووجه ذلك أن الأصل منفعة في نقل

---

(١) فتاوى قاضي خان (٢/ ٤٨٨، ٤٨٩).
(٢) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٨٩)، فتح القدير (٧/ ٤٦٧).
(٣) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٥٧٥).

قَالَ: (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ شُهُودِ الفَرْعِ إِلَّا أَنْ يَمُوتَ شُهُودُ الأَصْلِ، أَوْ يَغِيبُوا مَسِيرَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا، أَوْ يَمْرَضُوا مَرَضًا لَا يَسْتَطِيعُونَ مَعَهُ حُضُورَ مَجْلِسِ الحَاكِمِ) لِأَنَّ جَوَازَهَا لِلْحَاجَةِ، وَإِنَّمَا تُمَسُّ عِنْدَ عَجْزِ الأَصْلِ وَبِهَذِهِ الأَشْيَاءِ يَتَحَقَّقُ العَجْزُ. وَإِنَّمَا اعْتَبَرْنَا السَّفَرَ لِأَنَّ المُعْجِزَ بُعْدُ المَسَافَةِ وَمُدَّةُ السَّفَرِ بَعِيدَةٌ حُكْمًا حَتَّى أُدِيرَ عَلَيْهَا عِدَّةٌ مِن الأَحْكَامِ فَكَذَا سَبِيلُ هَذَا الحُكْمِ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله: أَنَّهُ إِنْ

شهادته، ومن وجه وهو أن الشهادة واجب عليه إقامتها، ويأثم بكتمانها متى وجد الطلب، غير أن فيها مضرّة له من حيث بطلان ولايتها في تنفيذ قوله على المشهود عليه، وإبطال ولايته بدون أمره مضرة له، فصار كولاية نكاح الصغيرة، فباعتبار ذلك شرط الأمر منه.

(وإنما اعتبرنا السفر)، وبه قال الشافعي[(١)] في قول، وأحمد[(٢)] في رواية؛ لتعلق الأحكام بمدة السفر كقصر الصلاة، والصوم، وابتداء مسح الخف، وكتكبيرات التشريق عند أبي حنيفة، والأضحية والجمعة، وحرمة خروج المرأة بلا محرم.

قوله: (وعن أبي يوسف) إلى آخره، وبه قال الشافعي[(٣)] في قول، وأحمد[(٤)] في رواية، وقال: لو كان بمكان لا يلزمه الحضور لأداء الشهادة، وهو قريب من قول أبي يوسف، وقال بعض أصحاب مالك[(٥)]: لا ينقل في الحدود إلا في غيبة بعيدة، فأمّا اليومان والثلاثة فلا، إلا المرأة، فإنه ينقل عنها مع حضورها في البلد. ذكره في الجواهر[(٦)].

وفي الذخيرة[(٧)]: رُوِيَ عن محمد أنه يجوز كيفما كان، حتى إذا كان الأصل في زاوية المسجد، والفرع في زاوية أخرى من ذلك المسجد تُقبل.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٢٥)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٩/ ٤٩).
(٢) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٨٩)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ١٠٣).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٢٥)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ٢٩٥).
(٤) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٨٩)، المغني (١٠/ ١٨٨، ١٨٩).
(٥) انظر: الذخيرة (١٠/ ٢٩١)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٢٠٥).
(٦) انظر: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٥٨).
(٧) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣٩٣).

كَانَ فِي مَكَان لَوْ غَدَا لِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَبِيتَ فِي أَهْلِهِ صَحَّ الْإِشْهَادُ إِحْيَاءً لِحُقُوقِ النَّاسِ(*)، قَالُوا: الأَوَّلُ أَحْسَنُ، وَالثَّانِي: أَرْفَقُ، وَبِهِ أَخَذَ الفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ.

قَالَ: (فَإِنْ عَدَّلَ شُهُودُ الأَصْلِ شُهُودَ الفَرْعِ جَازَ) لِأَنَّهُمْ مِن أَهْلِ التَّزْكِيَةِ (وَكَذَا إِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ فَعَدَّلَ أَحَدُهُمَا الآخَرَ صَحَّ) ....

وقال شمس الأئمة السرخسي، والسعدي في شرح أدب القاضي للخصاف: شهادة الفروع والأصول في المصر يجب أن تجوز على قولهما، وعلى قول أبي حنيفة لا تجوز؛ لما أن التوكيل بغير رضا الخصم لا يجوز عنده، وعندهما يجوز، ووجه البناء على قوله أنه لما لم يملك المدعى عليه إنابة غيره مناب نفسه في الجواب إلا بعذر ـ فكذا لا يملك الأصل إنابة غيره مناب نفسه في الشهادة إلا بعذر، والجامع أن استحقاق الجواب على المدعى عليه كاستحقاق الحضور.

قوله: **(والأول أحسن)** لأن العجز شرعًا يتحقق بمدة السفر كما في سائر الأحكام، فكان القول به موافقًا لحكم الشرع فكان أحسن.

(والثاني) وهو قول أبي يوسف **(أرفق، وبه)** أي: بالثاني.

وفي الذخيرة(١): برواية أبي يوسف أخذ كثير من المشايخ.

قوله: **(فإن عَدَّلَ شهودَ الأصلِ)** بنصب **(شهود)** على المفعولية و**(شهودُ الفرعِ)** بالرفع، على الفاعلية، أي: عَدَّلَ الفروعُ الأصولَ **(جاز)** بإجماع الأئمة الأربعة **(لأنهم من أهل التزكية)** فحينئذ لا فرق بين تزكيتهم وتزكية غيرهم.

وذكر الخصاف: يسأل القاضي الفروع عن الأصول، ولا يقضي قبل السؤال، فإن عدلوهم تثبت عدالتهم في ظاهر الرواية، وعن محمد لا تثبت عدالتهم بتعديل الفروع؛ لأن فيه تنفيذ شهادة نفسهم، والصحيح ظاهر الرواية؛ لأن العدل لا يتهم بمثله، كما لا يتهم [٢/٢١٧/ب] في شهادة نفسه، مع احتمال أنه إنما يشهد ليصير مقبول القول، وإن لم تكن له شهادة.

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

(١) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٣٩٢).

لِمَا قُلْنَا، غَايَةُ الأَمْرِ: أَنَّ فِيهِ مَنْفَعَةً مِن حَيْثُ القَضَاءُ بِشَهَادَتِهِ، لَكِنَّ العَدْلَ لَا يُتَّهَمُ بِمِثْلِهِ كَمَا لَا يُتَّهَمُ فِي شَهَادَةِ نَفْسِهِ، كَيْفَ وَأَنَّ قَوْلَهُ مقبولٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ، وَإِنْ رُدَّتْ شَهَادَةُ صَاحِبِهِ فَلَا تُهْمَةَ.

قَالَ: (وَإِنْ سَكَتُوا عَنْ تَعْدِيلِهِمْ جَازَ، وَنَظَرَ القَاضِي فِي حَالِهِمْ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ﵀، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﵀: لَا تُقْبَلُ(*)، لِأَنَّهُ لَا شَهَادَةَ إِلَّا بِالعَدَالَةِ، فَإِذَا لَمْ يَعْرِفُوهَا لَمْ يَنْقُلُوا الشَّهَادَةَ فَلَا يُقْبَلُ. وَلِأَبِي يُوسُفَ ﵀: أَنَّ المَأْخُوذَ عَلَيْهِمْ النَّقْلُ دُونَ التَّعْدِيلِ، لِأَنَّهُ قَدْ يَخْفَى عَلَيْهِمْ، وَإِذَا نَقَلُوا يَتَعَرَّفُ القَاضِي العَدَالَةَ كَمَا إِذَا حَضَرُوا بِأَنْفُسِهِمْ وَشَهِدُوا.

قَالَ: (وَإِنْ أَنْكَرَ شُهُودُ الأَصْلِ الشَّهَادَةَ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَةُ لشُّهُودِ الفَرْعِ) لِأَنَّ

قوله: (**لما قلنا**) أنه من أهل التزكية، وعن بعض مشايخنا: لا تقبل؛ لأنه يريد به تنفيذ شهادته، فكان متهمًا، وقلنا: إن العدل لا يتهم بمثله كما ذكرنا[1].

قوله: (**وإن سكتوا**) أي: الفروع عن تعديل الأصول (**نظر القاضي**) أي: يسأل عن المزكين حال الأصول.

وفي جامع قاضي خان[2]: لو قال الفروع: لا نخبرك لا يقبل القاضي شهادتهم، وعن أبي يوسف: يسأل القاضي عن غيرهم عن حال الأصول، وإن قالوا: لا نعرف الأصول: أعدول أم لا؟ قال السعدي: وهذا وقولهم: (لا نخبرك) سَوَاء، وقال الحلواني: لو قالوا: لا نعرف عدالتهم لا يردُّ القاضي شهادتهم، ويسأل عن غيرهم عن حال الأصول، وهو الصحيح؛ لأن شاهدي الأصل بقي مستورًا.

قوله: (**فإذا لم يعرفوها**) أي: إذا لم يعرف الفرع عدالة الأصول[3].

قوله: (**وإن أنكر شهود الأصل**) إلى آخره، وفي الكافي: معنى المسألة أنهم قالوا: ما لنا شهادة على هذه الحادثة، وماتوا أو غابوا، ثم جاء الفروع

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٩١)، فتح القدير (٧/ ٤٦٩، ٤٧٠).

(٢) فتاوى قاضي خان (٢/ ٤٨٨).

(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٩١)، فتح القدير (٧/ ٤٧٠).

التَّحْمِيلَ لَمْ يَثْبُتْ لِلتَّعَارُضِ بَيْنَ الخَبَرَيْنِ وَهُوَ شَرْطٌ.

(وَإِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلَيْنِ عَلَى فُلَانَةَ بِنْتِ فُلَانٍ الفُلَانِيَّةِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، وَقَالَا: أَخْبَرَانَا أَنَّهُمَا يَعْرِفَانِهَا، فَجَاءَ بِامْرَأَةٍ وَقَالَا: لَا نَدْرِي أَهِيَ هَذِهِ أَمْ لَا، فَإِنَّهُ يُقَالُ لِلْمُدَّعِي: هَاتِ شَاهِدَيْنِ يَشْهَدَانِ أَنَّهَا فُلَانَةُ) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى المَعْرِفَةِ بِالنِّسْبَةِ قَدْ تَحَقَّقَتْ وَالمُدَّعِي يَدَّعِي الحَقَّ عَلَى الحَاضِرَةِ، وَلَعَلَّهَا غَيْرُهَا فَلَا بُدَّ مِن تَعْرِيفِهَا بِتِلْكَ النِّسْبَةِ، وَنَظِيرُ هَذَا: إِذَا تَحَمَّلُوا الشَّهَادَةَ بِبَيْعِ مَحْدُودَةٍ بِذِكْرِ حُدُودِهَا وَشَهِدُوا عَلَى المُشْتَرِي لَا بُدَّ مِن آخَرَيْنِ يَشْهَدَانِ عَلَى أَنَّ المَحْدُودَ بِهَا فِي يَدِ المُدَّعَى عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا أَنْكَرَ المُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَّ الحُدُودَ المَذْكُورَةَ فِي الشَّهَادَةِ حُدُودُ مَا فِي يَدِهِ.

يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة، أما مع حضورهم فلا يَلتفِت إلى شهادة الفروع وإن لم ينكروا.

قوله: (**للتعارض بين الخبرين**) أي: بين خبر الفروع وخبر الأصول.

(**وهو**) أي: التحمل (**شرط**)، وقد فات للتعارض[1].

قوله: (**وقالا: أَخْبَرَانا**) أي قال: الفرعَان (**أَخْبَرَانا**) أي: الأصلان (**أنهما**) أي: الأصلان (**يعرفانها**) أي: تلك المرأة المشهود عليها.

(**فجاء**) أي: المدعي (**بامرأة وقالا**) أي: الفرعان (**أهي هذه أم لا؟**)[2] أي: لا ندري أن المعرفة بالنسبة هي هذه الحاضرة أم لا؛ لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت كما تحملوها، فصح النقل.

وقولهم: (**لا ندري: أهي هذه أم لا؟**) يوجب جرحًا في شهادتهم؛ لأنهم لم يعرفوها فقد عرفها الأصل، وإنما لم نحكم بهذه الشهادة؛ لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة تحققت، والمدّعِي يدعي الحق على الحاضرة، ويحتمل أن تكون الحاضرة غيرها، فوجب التوقف حتى يشهدا بأنها فلانة بعينها[3].

قوله: (**أن الحدود المذكورة في الشهادة**)، قال التمرتاشي: يعني لو قال

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٧١)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٩٢).

(٢) كذا في الأصول الخطية، وتقدم في المتن: (لا ندري أهي هذه أم لا)، وسيأتي.

(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٩٣)، فتح القدير (٧/ ٤٧٢).

قَالَ: (وَكَذَا كِتَابُ القَاضِي إِلَى القَاضِي) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، إِلَّا أَنَّ القَاضِيَ لِكَمَالِ دِيَانَتِهِ وَوُفُورِ وِلَايَتِهِ يَنْفَرِدُ بِالنَّقْلِ (وَلَوْ قَالُوا فِي هَذَيْنِ البَابَيْنِ: التَّمِيمِيَّةُ، لَمْ يَجُزْ حَتَّى يَنْسُبُوهَا إِلَى فَخِذِهَا) وَهِيَ القَبِيلَةُ الخَاصَّةُ، وَهَذَا لِأَنَّ التَّعْرِيفَ لَا بُدَّ مِنْهُ فِي هَذَا، وَلَا يَحْصُلُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى العَامَّةِ وَهِيَ عَامَّةٌ إِلَى بَنِي تَمِيمٍ، لِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يُحْصَوْنَ، وَيَحْصُلُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الفَخِذِ لِأَنَّهَا خَاصَّةٌ. وَقِيلَ: الفَرْغَانِيَّةُ

المُدّعِي أن المذكورة بهذه الحدود ملكه، وفي يد المدّعى عليه بغير حق، فقال المدعى عليه: الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود، فلا بد من شاهدين آخرين أن الحدود المذكورة حدود ما في يده ليصح القضاء[١].

قوله: (وكذا كتاب القاضي [إلى القاضي][٢]**)** يعني كتب في كتابه: شهد عدلان عندي أن لفلان بن فلان الفلاني على فلانة بنت فلان الفلاني كذا، فاقض عليها أنت بذلك، فأحضر المدعي امرأة في مجلس المكتوب إليه، ودَفَع الكتاب إليه، وأنكرت أنها فلانة المكتوب فيه، فقال المكتوب إليه: هات شاهدين أن التي أحضرتها هي الفلانة المذكورة في هذا الكتاب؛ لتمكن الإشارة إليها في القضاء. كذا ذكره التمرتاشي[٣].

وقوله: **(إلا القاضي بكمال ديانته)**[٤] إلى آخره: جواب إشكال مقدر، وهو أن يقال: إن القاضي الكاتب بمنزلة الشاهد الفرعي؛ لأنه سمع الشهادة من الشاهدين، ونقل شهادتهما بالكتاب، فصار كأنه حَضر مجلس المكتوب إليه، وشهدوا هناك، يشترط اثنان، فكذلك ينبغي أن يشترط في القاضي الكاتب أن يكون اثنين، فأجاب بما ذكر في الكتاب[٥].

قوله: (في هذين البابين) أي: باب الشهادة على الشهادة، وباب كتاب القاضي.

قوله: (لأنها خاصة) أي: الفخذ قبيلة خاصة، لا قبيلة دونها، هكذا ذكر

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٩٣)، فتح القدير (٧/ ٤٧٢).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٧٢)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٩٣).
(٤) كذا في الأصل، وهذا الجزء سقط من النسخة الثانية، وتقدم في المتن: (إِلَّا أَنَّ القَاضِيَ لِكَمَالِ دِيَانَتِهِ وَوُفُورِ وِلَايَتِهِ يَنْفَرِدُ بِالنَّقْلِ).
(٥) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٩٣)، فتح القدير (٧/ ٤٧٣).

نِسْبَةٌ عَامَّةٌ، والأوزجندية خَاصَّةٌ، وَقِيلَ: السَّمَرْقَنْدِيَّة وَالبُخَارِيَّةُ عَامَّةٌ، وَقِيلَ إِلَى السِّكَّةِ الصَّغِيرَةِ خَاصَّةٌ، وَإِلَى المَحَلَّةِ الكَبِيرَةِ وَالمِصْرِ عَامَّةٌ.

ثُمَّ التَّعْرِيفُ وَإِنْ كَانَ يَتِمُّ بِذِكْرِ الجَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى ظَاهِرِ الرِّوَايَاتِ(*)، فَذِكْرُ الفَخِذِ يَقُومُ مَقَامَ الجَدِّ، لِأَنَّهُ اسْمُ الجَدِّ الأَعْلَى، فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ الجَدِّ الأَدْنَى، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

في الصحاح[١]، حيث قال: القبائل ست: أولها الشَّعْبُ، ثم القبيلة، ثم الفصيلةُ، ثم العِمَارة، ثم البطنُ، ثم الفخذُ.

وذكر في الكشاف[٢] في قوله تعالى: ﴿وَجَعَلْنَٰكُمْ شُعُوبًا وَقَبَآئِلَ﴾ [الحجرات: ١٣] الشعب: الطبقة الأولى من الطبقات التي عليها العرب، وهي الشعب والقبيلة والعِمَارة والبَطنُ والفَخذُ والفَصيلةُ، فالشعب يجمع القبائل، والقبيلة تجمع العمائِر، والعمارَة تجمع البُطون، والبطون تجمع الأفخاذ، والفخذ يجمع الفصائل.

خزيمة شعب، وكنانة قبيلة، وقريش عمارة، وقُصَيٌّ بطن، وهاشم فخذ، وعباس فصيلة.

وسميت الشعب؛ لأن القبائل تشعّبَت منها.

وفي الديوان[٣]: الشعب، بفتح الشين، [٢/٢١٨/أ] والعمارة: بكسر العين.

قوله: (لأنه) أي: الفخذ **(اسم الجد الأعلى)** في القبيلة الخاصّة **(فنزل منزلة الجد الأدنى)** وهو أبو الأب[٤].

وتصح الشهادة على الشهادة من النساء، وبه قال مالك[٥] وأحمد[٦] في

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) انظر: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية (٢/ ٥٦٨).

(٢) الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل للزمخشري (٤/ ٣٧٤، ٣٧٥).

(٣) انظر: معجم ديوان الأدب للفارابي (١/ ٩٥)، (١/ ٤٧١).

(٤) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٧٤)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٩٥).

(٥) انظر: الذخيرة (١٠/ ١٨٨)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٥٨).

(٦) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٩٠)، المغني (١٠/ ١٩١).

رواية، وقال الشافعي[١] وأحمد[٢] في رواية، وأشهب وعبد الملك من أصحاب مالك[٣]: لا تجوز؛ لأن الشهادة على الشهادة ليست بمال، ولا المقصود منه المال، ويطلع عليه الرجال، فأشبه النكاح.

وقلنا: شهادتهن في غير الحدود معتبرة كما في الأصول، ونقل الشهادة ليس من الحدود والقصاص.

فَصْلٌ: [في شَهَادَةِ الزُّورِ]

ذكر شهادة الزور بفصل على حدة؛ لأن لها أحكامًا مخصوصة، وأخَّرها لأن الأصل هو الصدق.

اعلم أن شاهد الزور يعزّر بإجماع الأمة[٤]، اتصل القضاء بشهادته أو لم يتصل؛ لأنه ارتكب كبيرة اتصل ضررها بالمسلمين، قال عليه الصلاة والسلام: **«أيُّها النَّاسُ عُدِلَتْ شَهادَة الزُّور بالإِشْرَاكِ بالله»**، ثم تلا قوله تعالى: ﴿فَٱجْتَنِبُوا۟ ٱلرِّجْسَ مِنَ ٱلْأَوْثَـٰنِ وَٱجْتَنِبُوا۟ قَوْلَ ٱلزُّورِ﴾ [الحج:٣٠][٥]، وليس فيها حد مقدر، فيعزر زجرًا له وتنكيلًا، إلا أنهم اختلفوا في كيفية التعزير؛ فقال أبو حنيفة: تعزيره تشهيره فقط، وقالا: يُضرب ويُحبس، وهو قول الشافعي[٦] ومالك[٧] وأحمد[٨] وباقي العلماء.

---

(١) انظر: الأم (٦/ ٢٥٠)، الحاوي الكبير (١٧/ ٢٢٦).
(٢) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٩٠)، المغني (١٠/ ١٩١).
(٣) انظر: الذخيرة (١٠/ ٢٨٨)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٥٩).
(٤) انظر: الإقناع لابن المنذر (٢/ ٥٢٧)، المغني (١٠/ ٢٣٢).
(٥) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٠٥ رقم ٣٥٩٩)، والترمذي (٤/ ١٢٢ رقم ٢٣٠٠)، وابن ماجه (٢/ ٧٩٤ رقم ٢٣٧٢) من حديث خريم بن فاتك رضي الله عنه.
قال ابن الملقن: رجال إسناده كلهم محتج بهم في الصحيح إلا حبيب بن النعمان الأسدي فلم يرو له إلا (د ق) ولا أعرف من جرحه ولا من عدله. وقال ابن القطان في «علله»: لا يعرف بغير هذا الحديث ولا يعرف حاله. البدر المنير (٩/ ٥٧٦)، وقال ابن حجر: إسناده مجهول. التلخيص الحبير (٤/ ٤٦٠).
(٦) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ٣١٩، ٣٢٠)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ١٤٥).
(٧) انظر: المدونة (٤/ ٥٧، ٥٨)، الذخيرة (١٠/ ٢٢٩).
(٨) انظر: المغني (١٠/ ٢٣٢)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ١٣١).

(قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: شَاهِدُ الزُّورِ أُشَهِّرُهُ فِي السُّوقِ وَلَا أُعَزِّرُهُ. وَقَالَا: نُوجِعُهُ ضَرْبًا وَنَحْبِسُهُ)(*) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ﷺ. لَهُمَا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ ﷺ أَنَّهُ ضَرَبَ شَاهِدَ الزُّورِ أَرْبَعِينَ سَوْطًا وَسَحمَ وَجْهَهُ، وَلِأَنَّ هَذِهِ كَبِيرَةٌ يَتَعَدَّى ضَرَرُهَا إِلَى

وفي المبسوط[(١)]: شاهد الزور عندنا هو المقرُّ على نفسه بذلك؛ لأنه لا تتمكن تهمة الكذب في إقراره على نفسه، ولا طريق لإثبات ذلك بالبينة عليه؛ لأنه نفي لشهادته، والبيّنة للإثبات دون النفي، والرجال والنساء وأهل الذمة في ذلك سواء؛ لقيام الأهلية في حقهم جميعًا فيما تتعلق به شهادة الزور.

وقال شيخ الإسلام في مبسوطه: شاهد الزور هو الذي يقر على نفسه بالكذب متعمدًا، أو يشهد بقتل رجل، ثم يجيء المشهود بقتله حيًّا حتى يثبت كذبه بيقين، فأما لو قال: غلطت أو أخطأت، أو ردت شهادته لتهمة، أو لمخالفة بين الدعوى والشهادة ـ لا يعزر أصلًا.

وقال أبو محمد الكاتب: هذه المسألة على ثلاثة أوجه:

إما أن رجع على سبيل التوبة والندامة لا يعزّر بلا خلاف.

وإن رجع على سبيل الإصرار يعزّر بالضرب بلا خلاف.

وإن كان لا يعلم فعلى الاختلاف.

ثم قال: لو تاب شاهد الزور هل تُقبل شهادته بعد ذلك؟

فعلى الوجهين؛ إن كان فاسقًا لا تُقبل؛ لأن الذي حمله على شهادة الزور فسقه، فإذا تاب وظهرت توبته فقد زال فسقه فتقبل، ولم يبين في الكتاب مدة ظهور توبته، فقال بعض المشايخ: سنة، وقيل: ستة أشهر، والصحيح أنه مفوض إلى رأي القاضي.

أما لو كان مستورًا لا تُقبل شهادته أبدًا على رواية بشر عن أبي يوسف؛ لأنه لا يدرى: ما الذي حمله على شهادة الزور؟ فكان حاله قبل التوبة وبعده سواء.

وروى أبو جعفر عن أبي يوسف أنه يقبل، قالوا: والفتوى على هذا. كذا ذكره المحبوبي في جامعه[(٢)].

قوله: (وَسَحَّمَ) بالحاء المهملة، من الأَسْحَم: الأسود. ذكره في

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٤٥، ١٤٦).

(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٧٧)، البناية شرح الهداية (٩/ ١٩٨).

العِبَادِ، وَلَيْسَ فِيهَا حَدٌّ مُقَدَّرٌ فَيُعَزَّرُ. وَلَهُ: أَنَّ شُرَيْحًا كَانَ يُشَهِّرُ وَلَا يَضْرِبُ، وَلِأَنَّ الِانْزِجَارَ يَحْصُلُ بِالتَّشْهِيرِ فَيَكْتَفِي بِهِ، وَالضَّرْبُ وَإِنْ كَانَ مُبَالَغَةً فِي الزَّجْرِ وَلَكِنَّهُ يَقَعُ مَانِعًا عَنْ الرُّجُوعِ فَوَجَبَ التَّخْفِيفُ نَظَرًا إِلَى هَذَا الوَجْهِ.

وَحَدِيثُ عُمَرَ ﷺ مَحْمُولٌ عَلَى السِّيَاسَةِ، بِدَلَالَةِ التَّبْلِيغِ إِلَى الأَرْبَعِينَ

المغرب[١].

وفي المغني: (والأسحم) يروى بالحاء المهملة، والخاء المنقوطة جميعًا[٢]، وهذا التمسك منهما بفعل عمر لإثبات الضرب ونفى قول أبي حنيفة؛ لأنهما لا يقولان بالتسحيم، ومحمد لا يقول بتبليغ التعزير إلى أربعين.

وفي المبسوط[٣]: عندهما: يُسَحَّم ويضرب أربعين، ويطاف به، إلا أن الدليل قائم على انتساخ حكم التسحيم؛ لأن ذلك مُثلة، والمُثْلة منهي ولو بالكلب بالعقور[٤]، والتشهير بأن يطاف به، والتشهير لإعلام الناس حتى لا يعتمدوا شهادته، والضرب لارتكابه كبيرة.

قوله: **(وله)** أي: لأبي حنيفة **(أن شريحًا)** إلى آخره، فإن قيل: أبو حنيفة لا يرى تقليد التابعي، حتى روى عنه أنه قال: هم رجال اجتهدوا، ونحن رجال نجتهد.

قلنا: ذكر في النوادر عن أبي حنيفة في تقليد التابعي الذي زاحم الصحابة في الفتوى، قال: أنا أقلده، فعلى هذه الرواية ظاهر، وعلى ظاهر الرواية قالوا: لم يذكر قوله محتجًّا به، وإنما ذكره لبيان أنه لم يستبد بهذا القول؛ بل سبقه غيره، واحتجاجه بتجويزِ الصحابةِ فِعْلَهُ، فإنه كان قاضيًا في زمن عمر وعلي، ومثل هذا التشهير لا يُخفى على الصحابة، ولم ينكر أحد من الصحابة فعله، فحل محل الإجماع، وإن كان احتجاجًا بإجماع الصحابة لا تقليدًا لشريح، وكان شريح [٢/٢١٨/ب] يبعث إلى سوقه إن كان سوقيًّا، وإلى قومه إن لم يكن

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب (١/٢٢١).
(٢) السَّحَمُ والسَّخَمُ، كلاهما: السواد. القاموس (١/١١١٩).
(٣) المبسوط للسرخسي (١٦/١٤٥).
(٤) كذا في الأصل، وفي المبسوط: (فإن ذلك مُثلة، ونهى رسول الله ﷺ عن المُثلة ولو بالكلب العقور).

وَالتَّسْخِيم، ثُمَّ تَفْسِيرُ التَّشْهِيرِ مَنْقُولٌ عَنْ شُرَيْحٍ ﷺ، فَإِنَّهُ كَانَ يَبْعَثُهُ إِلَى سُوقِهِ إِنْ كَانَ سُوقِيًّا، وَإِلَى قَوْمِهِ إِنْ كَانَ غَيْرَ سُوقِيٍّ بَعْدَ العَصْرِ، أَجْمَعَ مَا كَانُوا، وَيَقُولُون: إِنَّ شُرَيْحًا يُقْرِئُكُمْ السَّلَامَ وَيَقُولُ: إِنَّا وَجَدْنَا هَذَا شَاهِدَ زُورٍ فَاحْذَرُوهُ، وَحَذِّرُوا النَّاسَ مِنهُ. وَذَكَرَ شَمْسُ الأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ ﷺ: أَنَّهُ يُشَهَّرُ عِنْدَهُمَا أَيْضًا.

وَالتَّعْزِيرُ وَالحَبْسُ عَلَى قَدْرِ مَا يَرَاهُ القَاضِي عِنْدَهُمَا، وَكَيْفِيَّةُ التَّعْزِيرِ ذَكَرْنَاهُ فِي الحُدُودِ (**وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: شَاهِدَانِ أَقَرَّا أَنَّهُمَا شَهِدَا بِزُورٍ لَمْ يُضْرَبَا، وَقَالَا: يُعَزَّرَانِ**) وَفَائِدَتُهُ: أَنَّ شَاهِدَ الزُّورِ فِي حَقِّ مَا ذَكَرْنَا مِن الحُكْمِ هُوَ المُقِرُّ عَلَى نَفْسِهِ بِذَلِكَ، فَأَمَّا لَا طَرِيقَ إِلَى إِثْبَاتِ ذَلِكَ بِالبَيِّنَةِ، لِأَنَّهُ نَفْيٌ لِلشَّهَادَةِ وَالبَيِّنَاتُ لِلْإِثْبَاتِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

سوقيًّا بعد العصر في أجمع ما كانوا، ويقول: القاضي يسلم عليكم، ويقول: إنا وجدنا هذا شاهد زور، فاحذروه وحذروا الناس[١].

قوله: (والضرب)[٢] إلى آخره، يعني الضرب إن صلح زاجرًا في حق من لم يباشر لم يصلح زاجرًا في حق من باشر، بل يصدّه عن الرجوع، فوجب التخفيف باعتباره.

قوله: (محمول على السياسة)[٣] إلى آخره؛ لأن التعزير أنقص من أربعين عند محمد لقوله: «**مَنْ بَلَغَ حَدًّا**» الحديث، وقد بيّنا، أما التسحيم فعل مشروع بالإجماع سياسةً إذا رأى الإمام المصلحة فيه، حتى قال الشافعي[٤]: لو رأى حلق رأسه يحلقه، أما لا يحلق لحيته، وله في تسويد وجهه وجهان.

قال شيخ الإسلام: لم يرد به حقيقة التسويد؛ بل أراد به التخجيل بالتفضيح والتشهير، فإن الخَجِل يسمى مُسْوَدًّا قال تعالى: ﴿وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِٱلْأُنثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُۥ مُسْوَدًّا﴾ [النحل:٥٨] كذا في المغني[٥].

قوله: (وفائدته) أي: فائدة وضع الجامع بقوله: **(شاهدان أقرا)** إلى آخره.

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ١٩٨)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧/ ١٢٦).
(٢) (٣) انظر المتن ص ٦٠٩.
(٤) انظر: الحاوي الكبير (١٦/ ٣٢٠)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٨/ ٢١).
(٥) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٧٦)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧/ ١٢٦).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الرُّجُوعِ عَنْ الشَّهَادَةِ

قَالَ: (إِذَا رَجَعَ الشُّهُودُ عَنْ شَهَادَتِهِمْ قَبْلَ الحُكْمِ بِهَا سَقَطَتْ) لِأَنَّ الحَقَّ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالقَضَاءِ، وَالقَاضِي لَا يَقْضِي بِكَلَامٍ مُتَنَاقِضٍ، (وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا) لِأَنَّهُمَا مَا أَتْلَفَا شَيْئًا لَا عَلَى المُدَّعِي وَلَا عَلَى المَشْهُودِ عَلَيْهِ (فَإِنْ حَكَمَ بِشَهَادَتِهِمْ ثُمَّ رَجَعُوا لَمْ يُفْسَخْ الحُكْمُ) لِأَنَّ آخِرَ كَلَامِهِمْ يُنَاقِضُ أَوَّلَهُ فَلَا يُنْقَضُ الحُكْمُ بِالتَّنَاقُضِ، وَلِأَنَّهُ

كِتَابُ الرُّجُوعِ عَنْ الشَّهَادَةِ

عقب الرجوع عن الشهادة؛ إذ الرجوع يقتضي سبق الشهادة، وله مناسبة خاصة بشهادة الزور؛ إذ الرجوع عن الشهادة من أسباب شهادة الزور.

ثم الرجوع ركن، وهو قول الشاهد: شهدت بزور، وهو أن يكون عند القاضي أيَّ قاضٍ كان، فيختص بمجلس القاضي على ما يجيء.

قوله: (سقطت) أي: الشهادة، فلم يقض القاضي بها، ولا خلاف فيه[(١)].

قوله: (لأن آخر كلامهم يناقض أوله) فلا يبطل حكم القاضي بالمتناقض، ولأنه لو اعتبر رجوعه في إبطال القضاء أدى إبطاله إلى ما لا يتناهى؛ لأنه يأتي بعد ذلك فيرجع عن هذا الرجوع، فيجب إعادة القضاء الأول. كذا في المبسوط[(٢)].

وفي المغني: كان أبو حنيفة أولًا يقول فيما رجع بعد القضاء: ينظر إلى حال الراجع؛ إن كان حاله عند الرجوع أفضل من حاله وقت الشهادة في العدالة صح رجوعه في حقه نفسه وفي حق غيره، حتى وجب عليه التعزير، وينقض القضاء، ويرد المال على المشهود عليه، وإن كان حاله عند الرجوع مثل حاله عند الشهادة في العدالة أو دُونه ـ يجب عليه التعزير، ولا ينقض القضاء، ولا يجبُ الضمان عليه، وهو قول أستاذه حماد، ثم رجع عن هذا، وقال: لا يصح

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٧٨)، البناية شرح الهداية (٩/ ٢٠٠).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٧٨).

فِي الدَّلَالَةِ عَلَى الصِّدْقِ مِثْلُ الأَوَّلِ، وَقَدْ تَرَجَّحَ الأَوَّلُ بِاتِّصَالِ القَضَاءِ بِهِ **(وَعَلَيْهِمْ ضَمَانُ مَا أَتْلَفُوهُ بِشَهَادَتِهِمْ)** لِإِقْرَارِهِمْ عَلَى أَنْفُسِهِمْ بِسَبَبِ الضَّمَانِ، وَالتَّنَاقُضُ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقْرَارِ، وَسَنُقَرِّرُهُ مِن بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى **(وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الحَاكِمِ)** لِأَنَّهُ فَسْخٌ لِلشَّهَادَةِ فَيَخْتَصُّ بِمَا تَخْتَصُّ بِهِ الشَّهَادَةُ مِن المَجْلِسِ، وَهُوَ مَجْلِسُ القَاضِي، أَيَّ قَاضٍ كَانَ، وَلِأَنَّ الرُّجُوعَ تَوْبَةٌ وَالتَّوْبَةُ عَلَى حَسَبِ الجِنَايَةِ، فَالسِّرُّ بِالسِّرِّ، وَالإِعْلَانُ بِالإِعْلَانِ. وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ الرُّجُوعُ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ القَاضِي، فَلَوْ ادَّعَى المَشْهُودُ عَلَيْهِ رُجُوعَهُمَا وَأَرَادَ يَمِينَهُمَا لَا يَحْلِفَانِ، وَكَذَا لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ عَلَيْهِمَا، لِأَنَّهُ ادَّعَى رُجُوعًا بَاطِلًا، حَتَّى لَوْ أَقَامَ البَيِّنَةَ أَنَّهُ رَجَعَ عِنْدَ قَاضِي كَذَا ....

رجوعه في حق غيره على كل حال، ولا ينقض القضاء، ولا يرُّد المشهود به على المشهود عليه، وهو قول أبي يوسف ومحمد والأئمة الثلاثة[1].

قوله: (فالسر بالسر والإعلان بالإعلان) وهكذا جَاء لفظ الحديث.

فإن قيل: ينبغي ألا يكون الرجوع مختصًّا بمجلس القاضي؛ لأنه إقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الإتلاف بالشهادة الكاذبة، والإقرار لا يختص بمجلس القاضي.

قلنا: ما كان شرطًا في الابتداء يكون شرطًا في البقاء، كالمبيع، فإن وجوده شرط لابتداء البيع فكذا بقاؤه شرط لصحة الفسخ، فكذا الشهادة، فمجلس القاضي شرط لابتدائها فكذا شرط لفسخها، وهو الرجوع، ولا يلزم عليه رأس مال السلم، فإن إحضاره شرط في ابتداء العقد، وليس بشرط في فسخ السلم؛ لأنا نقول: إحضارُه شرط للاحتراز عن الكالئ بالكالئ، وذلك المعنى لا يوجد في الفسخ[2].

قوله: (رجوعًا باطلًا) إذ الرجوع في غير مجلس القاضي باطل لما ذكرنا، والاستحلاف وسماع البيّنة بعد صحة الدّعوى، والدّعوى باطل؛ لما ذكرنا.

---

(١) انظر: الذخيرة (١٠/ ٢٩٥)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٢٠٦)، الحاوي الكبير (١٧/ ٢٥٤)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٩/ ٦٥)، الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٦٥)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ١١٣).

(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٨٠)، فتح القدير (٧/ ٤٨١).

وَضَمَّنَهُ المَالَ تُقْبَلُ، لِأَنَّ السَّبَبَ صَحِيحٌ.

(وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ بِمَالٍ، فَحَكَمَ الحَاكِمُ بِهِ، ثُمَّ رَجَعَا، ضَمِنَا المَالَ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ) لِأَنَّ التَّسْبِيبَ عَلَى وَجْهِ التَّعَدِّي سَبَّبَ الضَّمَانَ كَحَافِرِ البِئْرِ وَقَدْ سَبَّبَا لِلْإِتْلَافِ تَعَدِّيًا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَضْمَنَانِ، لِأَنَّهُ لَا عِبْرَةَ لِلتَّسْبِيبِ عِنْدَ وُجُودِ المُبَاشَرَةِ. قُلْنَا: تَعَذَّرَ إِيجَابُ الضَّمَانِ عَلَى المُبَاشِرِ وَهُوَ القَاضِي، لِأَنَّهُ كَالمَلْجَإِ إِلَى القَضَاءِ، وَفِي إِيجَابِهِ صَرْفُ النَّاسِ عَنْ تَقَلُّدِهِ، وَتَعَذُّرُ اسْتِيفَائِهِ مِن المُدَّعِي، لِأَنَّ الحُكْمَ مَاضٍ فَاعْتُبِرَ التَّسْبِيبُ، وَإِنَّمَا يَضْمَنَانِ إِذَا قَبَضَ المُدَّعِي المَالَ دَيْنًا كَانَ أَوْ عَيْنًا، لِأَنَّ الإِتْلَافَ بِهِ يَتَحَقَّقُ، وَلِأَنَّهُ لَا مُمَاثَلَةَ بَيْنَ أَخْذِ العَيْنِ وَإِلْزَامِ الدَّيْنِ. قَالَ: (فَإِنْ رَجَعَ

قوله: (ضَمِنا المالَ) وبه قال مالك[(١)] وأحمد[(٢)] والشافعي[(٣)] في القول الأصحّ، وقال الشافعي [في قول][(٤)]: لا يضمنان.

قوله: (كالمُلجَأ) ولم يقل إنه ملجأ حقيقة؛ إذ لو كان ملجأ حقيقة على الحكم بعد الشهادة لوجب القصاص على الشاهدين في الشهادة بالقتل العمد إذا ظهر كذبه، كما في المُكره، كما هو مذهب الشافعي[(٥)]، وليس كذلك، وهذا لأن الملجأ حقيقة من يخاف العقوبة الدنياوية، والقاضي إنما يخاف عقوبة الآخرة، ولا يصير به ملجأ؛ لأن كل أحد يقيم الطاعة خوفًا من العقوبة على تركها في الآخرة، ولا يصير به مُكرهًا، ولكن لا يجب الضمان على القاضي؛ لأنه غير مُتَعَدٍّ في القضاء؛ بل هو مباشر لما هو فرض عليه ظاهرًا ويأثم بتركه، فتعين الشاهد؛ لأنه متعد في الشهادة، فوجب [٢/ ٢١٩/ أ] الضمان عليه جبرًا لنقصان حقّ المُدّعى عليه، كالحافر على قارعة الطريق. كذا في المبسوط[(٦)].

قوله: (لأن الإتلاف به) أي: بقبض المدّعِي مال المَدّعى عليه، وفي ذلك لا يتفاوت الحكم بعد العين والدين، وهذا اختيار شمس الأئمة[(٧)].

---

(١) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣١٩)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٧٠).
(٢) انظر: المغني (١٠/ ٢٢٢)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ١١٣).
(٣) انظر: الأم (٧/ ٥٨)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٩/ ٦٥).
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٥) انظر: الأم (٧/ ٥٧)، الحاوي الكبير (١٧/ ٢٥٦).
(٦) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٧٩).
(٧) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٧٩).

أَحَدُهُمَا ضَمِنَ النِّصْفَ) وَالأَصْلُ أَنَّ المُعْتَبَرَ فِي هَذَا بَقَاءُ مَنْ بَقِيَ، لَا رُجُوعُ مَنْ رَجَعَ، وَقَدْ بَقِيَ مَنْ يَبْقَى بِشَهَادَتِهِ نِصْفُ الحَقِّ (وَإِنْ شَهِدَ بِالمَالِ ثَلَاثَةٌ فَرَجَعَ أَحَدُهُمْ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) ....

وفرّق شيخ الإسلام بين العين والدين فقال: إن كان المشهود به عينًا يضمن للمشهود عليه قبض المُدّعِي العين أولًا، وإن كان المشهود به دينًا يضمنه إذا استوفاه المُدعِي من المُدعَى عليه؛ لأن ما يجب عليهما ضمان إتلاف، وضمان الإتلاف مقيد بالمثل، فمتى كان المشهود به عينًا فالشاهد[1] أزاله عن ملكه باتصال القضاء، ألا ترى أن تصرف المُدّعى عليه بعد القضاء فيه لا ينفذ، فحينئذ بأخذ الضمان عن الشاهد لا تنتفي المماثلة.

فأما إذا كان المشهود به دينًا فالشاهد ما أزال عن ملكه شيئًا قبل الاستيفاء؛ بل أوجبا عليه دينًا بغير حق، فلو استوْفَيْنا الضمان من الشهود قبل أن يستوفي المشهود له ذلك من المدعى عليه تنتفي به المماثلة؛ لأن المُستَوفى عين، والعين خير من الدين، وتعتبر قيمة العين يوم القضاء؛ لأن الإتلاف بالقضاء. كذا في الذخيرة[2].

قوله: (وإن شهد ثلاثة ورجع واحد فلا ضمان عليه)، وبه قال الشافعي[3] في قول، ومالك[4] في رواية، وقال أحمد[5]: يغرّم ثلث الحق، وبه قال الشافعي[6] في قول آخر، ومالك[7] في رواية؛ لأن المال تلف بشهادتهم، فيكون الضمان عليهم، كما في الغصب.

وقلنا: الاعتبار لبقاء من بقي لا لرجوع من رجع؛ لأن وجوب الحق في الحقيقة بشهادة شاهدين؛ لأن الزيادة عليهما في هذا الباب فضل في حق القضاء، إلا أن الشهود إذا كانوا أكثر من اثنين يضاف القضاء ووجوب الحق

(١) في الأصل: (فالشاهدان)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٥٤٠).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٦٩)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (٨/ ٣٣١).
(٤) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣١٩)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٧١).
(٥) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٩٥)، المغني (١٠/ ٢٢٤).
(٦) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٦٨)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ٣٠٤).
(٧) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣١٩)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٧١).

لِأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ بَقِيَ بِشَهَادَتِهِ كُلُّ الحَقِّ، وَهَذَا لِأَنَّ الِاسْتِحْقَاقَ بَاقٍ بِالحُجَّةِ، وَالمُتْلِفُ مَتَى اسْتَحَقَّ سَقَطَ الضَّمَانُ فَأَوْلَى أَنْ يَمْتَنِعَ (فَإِنْ رَجَعَ الآخَرُ ضَمِنَ الرَّاجِعَانِ نِصْفَ الحَقِّ) لِأَنَّ بِبَقَاءِ أَحَدِهِمْ يَبْقَى نِصْفُ الحَقِّ (وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ فَرَجَعَتْ امْرَأَةٌ ضَمِنَتْ رُبُعَ الحَقِّ) لِبَقَاءِ ثَلَاثَةِ الأَرْبَاعِ بِبَقَاءِ مَنْ بَقِيَ (وَإِنْ رَجَعَتَا ضَمِنَتَا نِصْفَ الحَقِّ) لِأَنَّ بِشَهَادَةِ الرَّجُلِ بَقِيَ نِصْفُ الحَقِّ (وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَعَشْرُ نِسْوَةٍ ثُمَّ رَجَعَ ثَمَانٍ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِنَّ) لِأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ يَبْقَى بِشَهَادَتِهِ كُلُّ الحَقِّ ....

إلى الكل؛ لضرورة المُزاحمة؛ لاستواء حالهم، فإذا رجع واحد منهم زالت المزاحمة لزوال الاستواء، وظهر أن القضاء كان مضافًا إلى شهادة المثنى. كذا في الذخيرة[(١)].

وهذا معنى قوله: **(وهذا لأن الاستحقاق باقٍ بالحجة)** أي: استحقاق المشهود به للمُدّعِي باقٍ بالحُجّة، وهي شهادة الاثنين.

(وَالْمُتْلِفُ متى استحق سقط الضمان) أي: عن المتلف **(فأولى أن يمتنع)**؛ لأن المنع أسهل من الرفع.

صورته: إذا أتلف إنسان مال زيد مثلًا، فقضى القاضي لزيد على المُتلف بالضمان، ثم استحق ذلك العين المُتلف عمرو، وأخذ الضمان، أو وهبه سقط الضمان الثابت لزيد عليه، بخلاف الغصب؛ لأن الإتلاف حصل من الكل.

قوله: (فإن رجع آخر من الثلاثة يضمن الراجعان نصف الحق)، فإن قيل: ينبغي أن يضمن الراجع الثاني فقط؛ لأن التلف أضيف إليه.

قلنا: التلف مضاف إلى المجموع، إلا أن برجوع الأول لم يظهر أثره لمانع، وهو بقاء من بقي، فإذا رجع الثاني ظهر أن التلف بهما.

وفي شرح الأقطع: وهذا كما يلزم جميع الشهود إذا رجعوا وهم ثلاثة، ولا يقول واحد: لو رجعت وحدي لم يلزمني شيء؛ لأني كنت ثالثهم، فيجب أن يلزمني عند رجوع غيري؛ بل يجب الضمان على الكل، فكذا هنا[(٢)].

قوله: (فلا ضمان عليهن) أي: على ثمان نسوة، وبه قال مالك[(٣)]

---

(١) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٥٤١، ٥٤٢).
(٢) انظر: المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٨٧)، البناية شرح الهداية (٩/ ٢٠٥).
(٣) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣٢٠)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٢١٨).

(فَإِنْ رَجَعَتْ أُخْرَى كَانَ عَلَيْهِنَّ رُبْعُ الحَقِّ) لِأَنَّهُ بَقِيَ النِّصْفُ بِشَهَادَةِ الرَّجُلِ، وَالرُّبْعُ بِشَهَادَةِ البَاقِيَةِ، فَبَقِيَ ثَلَاثَةُ الأَرْبَاعِ (وَإِنْ رَجَعَ الرَّجُلُ وَالنِّسَاءُ، فَعَلَى الرَّجُلِ سُدُسُ الحَقِّ، وَعَلَى النِّسْوَةِ خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا عَلَى الرَّجُلِ النِّصْفُ وَعَلَى النِّسْوَةِ النِّصْفُ)(*) لِأَنَّهُنَّ وَإِنْ كَثُرْنَ يَقُمْنَ مَقَامَ رَجُلٍ وَاحِدٍ، وَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُنَّ إِلَّا بِانْضِمَامِ رَجُلٍ وَاحِدٍ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّ كُلَّ امْرَأَتَيْنِ قَامَتَا مَقَامَ رَجُلٍ وَاحِدٍ، «قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي نُقْصَانِ عَقْلِهِنَّ عُدِلَتْ شَهَادَةُ اثْنَتَيْنِ مِنْهُنَّ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَاحِدٍ» ....

والشافعي[١] في قول، وقال أحمد[٢]: يجب عليهن أربعة أسداس الضمان، وبه قال الشافعي في الأصحِّ؛ لما ذكرنا في ثلاثة شهود، فإن كل امرأتين مقام رجل فيكون عشر نسوة مع رجل كستِّ رجال، فيقسّم الضمان عليهن أسداسًا.

(فإن رجعت أخرى كان عليهن) أي: على تسع نسوة (ربع الحق) وبه قال مالك[٣] والشافعي[٤] في قول.

قوله: (وإن رجع الرجل مع النساء جميعًا فعلى الرجل سدس الحق، وخمسة أسداسه على النسوة عند أبي حنيفة)، وبه قال الشافعي[٥] ومالك[٦] وأحمد[٧]، وعندهما على الرجل نصف الحق، وعليهن نصفه، وبه قال أبو العباس من أصحاب الشافعي[٨].

قوله: (لا تقبل شهادتهن بدون رجل) فكان الثابت بشهادتهن نصف المال، وبشهادة الرجل نصف المال[٩].

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٦٨)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ٣٠٥).

(٢) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٩٥)، المغني (١٠/ ٢٢٥).

(٣) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣٢٠)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٢١٨).

(٤) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٦٨، ٢٦٩)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ٣٠٥).

(٥) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٦٨)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ٣٠٥).

(٦) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣١٩)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٧٠).

(٧) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٩٥)، المغني (١٠/ ٢٢٥).

(٨) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٦٨)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ٣٠٥).

(٩) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٨٨٧)، البناية شرح الهداية (٩/ ٣٠٥).

فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَ بِذَلِكَ سِتَّةُ رِجَالٍ ثُمَّ رَجَعُوا (وَإِنْ رَجَعَ النِّسْوَةُ العَشَرَةُ دُونَ الرَّجُلِ كَانَ عَلَيْهِنَّ نِصْفُ الحَقِّ عَلَى القَوْلَيْنِ) لِمَا قُلْنَا (وَلَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ وَامْرَأَةٌ بِمَالٍ ثُمَّ رَجَعُوا: فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا دُونَ المَرْأَةِ) لِأَنَّ الوَاحِدَةَ لَيْسَتْ بِشَاهِدَةٍ، بَلْ هِيَ بَعْضُ الشَّاهِدِ فَلَا يُضَافُ إِلَيْهِ الحُكْمُ.

قوله: (فصار كما إذا شهد بذلك ستة رجال)، في المبسوط[١]: ودليل صحة هذا الكلام أن حكم الشهادة كحكم الميراث، وفي الميراث عند كثرة البنات مع الابن تجعل كل بنتين كابن، ولم تجعل هناك حالة الاختلاط كحالة انفراد البنات، فعند الانفراد لا يزاد لهن على الثلثين، ثم عند الاختلاط يجعل كل ابنتين كابن واحدٍ، فكذلك في [٢/ ٢١٩/ب] الشهادة، وهذا لأن النقصان عن أدنى العدد في الشهادة يمنع القضاء، فأما الزيادة على النصاب فمعتبرة في أن القضاء يكون بشهادة الكل، فبكثرة النساء عند وجود الرجل يزداد النصاب، ويكون القضاء بشهادة الكل على أن كل امرأتين كرجلٍ واحدٍ، فعند الرجوع كذلك يُقضى بالضمان.

قوله: (لما قلنا) إشارة إلى قوله: (أن المعتبر في هذا بقاء من بقي) وبه قال مالك[٢] والشافعي[٣] في قول، وقال أحمد[٤] والشافعي[٥] في قول: على الراجع بقسطه.

قوله: (فلا يضاف إليه) أي: إلى بعض الشاهد (الحكم القاضي) لأنه شرط العلة، وبشطر العلة لا يثبت شيء، بخلاف ما لو شهد رجلان وامرأتان ثم رجعوا، فالضمان أثلاثًا؛ لأن المرأتين قامتا مقام رجل، فكأنه شهد ثلاثة رجال.

وفي المبسوط[٦]: لو شهد رجل وثلاث نسوة، ثم رجع رجل وامرأة ـ

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٨٨).
(٢) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣٢٠)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٧١).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٦٨، ٢٦٩)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٩/ ٦٣، ٦٤).
(٤) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٣٩٥)، المغني (١٠/ ٢٢٥).
(٥) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٦٨، ٢٦٩)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٩/ ٦٣، ٦٤).
(٦) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٨٨).

قَالَ: (وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى امْرَأَةٍ بِالنِّكَاحِ بِمِقْدَارِ مَهْرِ مِثْلِهَا، ثُمَّ رَجَعَا فَلَا

ضمن الرجل نصف المال؛ لأن الحُجّة بقيت في نصف المال، ثم هذا النصف على الرجل خاصة عندهما؛ لما بينا أن عندهما نصف المال يثبت بشهادة الرجل، ونصفه بشهادة النساء، وقد بقي من النساء من يثبت نصف الحق، وينبغي في قياس قول أبي حنيفة أن يكون النصف أثلاثًا بين الرجل والمرأة؛ لأن القضاء هاهنا بشهادة الكل، وبه قال الشافعي[(١)] ومالك[(٢)] وأحمد[(٣)]، ولو رجعوا جميعًا فعلى الرجل النصف، وعلى النسوة النصف عندهما، وعند أبي حنيفة على الرجل خمسا المال، وعلى النساء ثلاثة أخماسه، وبه قال الشافعي[(٤)] ومالك[(٥)] وأحمد[(٦)].

قوله: (وكذا إذا شهدا بأقل من مهر مثلها) أي: لا ضمان عليهما عندنا، وعند الشافعي[(٧)] ومالك[(٨)] وأحمد[(٩)] يضمنان لها ما زاد على ما شهدا إلى تمام مهر المثل؛ لأن منافع البُضع متقوّم عند دخوله في ملك الزوج بالإجماع، وكذا عند الخروج عندي، ومن ضرورة تقومِهِ في حالة الدخول تقوّمُهُ عند الخروج؛ لأن الخارج عين الداخل، وقيمته مهر المثل، فقد نقصا عن حقها، وعندنا لا تقوّم له عند الإتلاف؛ لأن التقوّم يتحقق عند الإحراز، [والإحراز][(١٠)] لا يمكن في الأعراض، وكذلك سائر المنافع، وقد بُيِّنَ في الأصول.

فأما عند الدخول في ملك الزّوْج المتقوّم هو المملوك دون الملك؛ لإظهار خطر المحل؛ حتى يكون مصونًا عن الابتذال[(١١)].

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٦٩)، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣/ ١٢١٢).
(٢) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣٢٠)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٢١٧، ٢١٨).
(٣) انظر: المغني (١٠/ ٢٢٥)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ١٢٣، ١٢٤).
(٤) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٦٩)، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (٣/ ١٢١٢).
(٥) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣٢٠)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤/ ٢١٧، ٢١٨).
(٦) انظر: المغني (١٠/ ٢٢٥)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ١٢٣، ١٢٤).
(٧) انظر: الأم (٧/ ٥٨)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ٣٠١).
(٨) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣١١)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٦٥).
(٩) انظر: المغني (١٠/ ٢٢٣)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ١١٥).
(١٠) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(١١) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٨٧، ٤٨٨)، البناية شرح الهداية (٩/ ٢٠٦، ٢٠٧).

ضَمَانَ عَلَيْهِمَا، وَكَذَلِكَ إذَا شَهِدَا بِأَقَلَّ مِن مَهْرِ مِثْلِهَا) لِأَنَّ مَنَافِعَ البُضْعِ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَ الإِتْلَافِ، لِأَنَّ التَّضْمِينَ يَسْتَدْعِي المُمَاثَلَةَ عَلَى مَا عُرِفَ، وَإِنَّمَا تُضْمَنُ وَتُتَقَوَّمُ بِالتَّمَلُّكِ، لِأَنَّهَا تَصِيرُ مُتَقَوِّمَةً ضَرُورَةَ المِلْكِ إِبَانَةً لِخَطَرِ المَحَلِّ (وَكَذَا إذَا شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ بِتَزَوُّجِ امْرَأَةٍ بِمِقْدَارِ مَهْرِ مِثْلِهَا) لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ بِعِوَضٍ لِمَا أَنَّ البُضْعَ مُتَقَوَّمٌ حَالَ الدُّخُولِ فِي المِلْكِ وَالإِتْلَافُ بِعِوَضٍ كَلَا إِتْلَافٍ، وَهَذَا لِأَنَّ مَبْنَى الضَّمَانِ عَلَى المُمَاثَلَةِ، وَلَا مُمَاثَلَةَ بَيْنَ الإِتْلَافِ بِعِوَضٍ وَبَيْنَهُ بِغَيْرِ عِوَضٍ (وَإِنْ شَهِدَا بِأَكْثَرَ مِن مَهْرِ

فإن قيل: ينبغي أن يضمنا ما زاد على ما شهدا إلى تمام مهر المثل كما قال الشافعي[1] في هذه الصورة؛ لأنهما أتلفا منافع بضعِها من حيث الحكم، وإتلاف منافع البُضعِ حقيقة بغير عوض موجب للضمان، كما قالوا في المجنون إذا أكره امرأة وزنى بها يجب مهر المثل، فكذا في الإتلاف الحكمي.

قلنا: القياس ألا يضمن منافع البُضْع في الإتلاف الحقيقي؛ لعدم إحرازها، إلا أن الشرع ورد في فصل المجنون بالإتلاف بالضمان بخلاف القياس؛ تعظيمًا لأمر البُضْعِ، فيقتصر عليه، ولا يمكن الإلحاق دلالة؛ لعدم المماثلة من كل وجه. إليه أشار في الذخيرة[2].

قوله: (لأنه إتلاف بعوض؛ لما أن البُضع متقوم حال الدخول في الملك)، يعني وإن كان أتلفا مال الزوْج في مقدار مهر المثل فقد عوضاه منافع البُضع بمقابلة ذلك، وهي متقوّمة عند الدخول، فلا يضمنان، كما لو شهدا بشراء شيء بمثل قيمته ثم رجعا.

وفي الذخيرة[3]: ومنافع البضع تعتبر مالًا عند الدخول في الملك، فصلحت عِوَضًا، ولهذا يجوز للأب أن يزوج ابنه الصغير بمهر المثل من مال الصغير، والأب لا يملك إزالة ملك الصغير إلا بعوض، ولا يملك الأب خلع المرأة الصغيرة بمالها وإن كان المسمى مثل مهر المثل.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٦١)، نهاية المحتاج في شرح المنهاج (٨/ ٣٢٠).
(٢) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٥٤٣، ٥٤٤).
(٣) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٥٤٣).

الْمِثْلِ ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا الزِّيَادَةَ) لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَاهَا مِن غَيْرِ عِوَضٍ.

قَالَ: (وَإِنْ شَهِدَا بِبَيْعِ شَيْءٍ بِمِثْلِ القِيمَةِ أَوْ أَكْثَرَ ثُمَّ رَجَعَا لَمْ يَضْمَنَا) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِإِتْلَافٍ مَعْنًى.

نَظَرًا إِلَى العِوَضِ (وَإِنْ كَانَ بِأَقَلَّ مِن القِيمَةِ ضَمِنَا النُّقْصَانَ) لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَا هَذَا الجُزْءَ بِلَا عِوَضٍ ....

قوله: (لأنهما أتلفاها) أي: الزيادة على الزوج المنكر[١].

قوله: (لم يضمنا) هذا إذا كان المُدّعِي هو المشتري، ولو كان المدعي هو البائع بأن ادعى رجل على أنه باع عبده منه بألف درهم، والمشتري ينكر، وقيمة العبد خمسمائة، وشهدا بذلك ثم رجعا يضمنان خمسمائة للمشتري.

ولو كان المشتري يدعي البيع بخمسمائة درهم، والعبد يساوي ألف درهم، فشهدا للمشتري ثم رجعا يضمنان للبائع خمسمائة. ذكره في شرح الطحاوي[٢].

وكان **قوله: (ضمنا النقصان)** أي: للبائع، إن كان المدعي هو المشتري **(لأنهما أتلفا هذا الجزء بلا عوض)**.

وفي الذخيرة[٣]: هذا إذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن، فأما إذا شهدا بهما ثم رجعا [٢/ ٢٢٠/أ] فهذا على وجهين:

أحدهما: أن يشهدا عليه بشهادة واحدة، بأن شهدا بأنه باع منه بألف وأوفاه الثمن، فالقاضي يقضي بقيمة المبيع للبائع ولا يقضي بالثمن.

وثانيهما: أن يشهدا عليهما بشهادتَيْن مختلفَتْين، بأن شهدا على البيع أولًا، ثم شهدا بإيفاء الثمن للبائع، والفرق بينهما أنهما لما شهدا بهما بشهادة واحدة فالمقضي به المبيع دون الثمن؛ لأنه لا يمكن للقاضي القضاء بإيجاب الثمن؛ لأنه لا يقارن القضاء بالثمن ما يوجب سقوطه، وهو القضاء بالإيفاء، ولهذا لو شهدا بالبيع والإقالة معًا فإنه لا يقضي بالبيع؛ لأنه قارن القضاء بالبيع ما يوجب

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٢٠٧)، فتح القدير (٧/ ٤٨٨).
(٢) شرح مختصر الطحاوي (٨/ ١٥٨، ١٥٩).
(٣) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٥٦١، ٥٦٢).

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ البَيْعُ بَاتًّا أَوْ فِيهِ خِيَارُ البَائِعِ، لِأَنَّ السَّبَبَ هُوَ البَيْعُ السَّابِقُ

انفساخه، وهو القضاء بالإقالة، كذا هنا؛ فلذا ضمنا قيمة المبيع دون الثمن؛ لأن المبيع هو المقضي به، وزوال المبيع بلا عوض.

أما لو شهدا بالبيع والإيفاء بالشهادتين فالثمن يقضى به؛ لأن القضاء بالثمن ممكن؛ لأنه لم يقارنه ما يوجب سقوطه؛ لأن حال ما شهدا بالبيع لم يشهد بالإيفاء، وإذا كان الثمن مقضيًّا به، فإذا رجعا ضمنا الثمن ولم يضمنا قيمة المبيع، وإن صار المبيع مقضيًّا به في هذه الحالة مع الثمن؛ لأن إزالة المبيع حصلت بعوض، فلا يضمنان قيمته.

قوله: (ولا فرق بين أن يكون البيع باتًّا، أو فيه خيار للبائع) جواب سؤال ذكره في المبسوط[1].

فإن قيل: البيع بشرط خيار البائع لا يزيل ملكه عن المبيع، وقد كان متمكنًا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة، فإذا لم يفعل كان راضيًا بهذا البيع، فينبغي ألا يضمن الشاهدان شيئًا.

قلنا: زوال الملك، وإن كان يتأخر إلى سقوط الخيار، فالسبب هو البيع المشهود، ولهذا استحق المشترى بزوائده، فكان الإتلاف حاصلًا بشهادتهم، والبائع كان منكرًا لأصل البيع، فمع إنكاره لا يمكن أن يتصرف بحكم الخيار؛ لأنه إذا تصرف بحكم الخيار يصير مقرًّا بالبيع، ويظهر كذبه عند الناس، والعاقل يتحرز عن مثله، فلهذا لا يعتبر تمكنه من الفسخ في إسقاط الضمان عن الشهود، حتى لو أوجب البيع في مدة الخيار لم يضمن له الشهود شيئًا؛ لأنه صار مقرًّا بالبيع مزيلًا ملكه باختياره.

وكذا لو كان شرط الخيار للمشتري وهو منكر للشراء، وفي قيمة العبد نقصان عن الثمن، فإن سكت المشتري حتى مضت المدة ضمن له الشهود النقصان عند الرجوع، وإن اختار البيع في المدة لم يضمن الشهود شيئًا؛ لما بيّنا في جانب البيع.

---
(١) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٩٣).

فَيُضَافُ الحُكْمُ عِنْدَ سُقُوطِ الخِيَارِ إِلَيْهِ فَيُضَافُ التَّلَفُ إِلَيْهِمْ (وَإِنْ شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا نِصْفَ المَهْرِ) لِأَنَّهُمَا أَكَّدَا ضَمَانًا عَلَى شَرَفِ السُّقُوطِ، أَلَا تَرَى أَنَّهَا لَوْ طَاوَعَتْ ابْنَ الزَّوْجِ أَوْ ارْتَدَّتْ سَقَطَ المَهْرُ أَصْلًا، وَلِأَنَّ الفُرْقَةَ قَبْلَ الدُّخُولِ فِي مَعْنَى الفَسْخِ فَيُوجِبُ سُقُوطَ جَمِيعِ المَهْرِ كَمَا مَرَّ فِي

قوله: (ضمنا نصف المهر)، وبه قال أحمد[١]، ومالك[٢] في رواية ابن القاسم، والشافعي في رواية الربيع[٣] عنه، وقال الشافعي في رواية المزني[٤] عنه: يضمن مهر المثل؛ لأن البضع عنده متقوّم دخولًا وخروجًا، وقال مالك في رواية أشهب[٥] عنه: لا ضمان على الشهود؛ لأن منافع البضع عند الخروج والدخول ليس بمال، ولو كان فعاد كل المبدل، وهو البُضع، إليه كما كان، فصار بمنزلة فسخ البيع قبل القبض، فيوجب سقوطه بغير شيء.

وقلنا: إنهما أكدا ضمانًا على شرف السقوط، وهو نصف المهر، وعلى المؤكد ما على الموجب، ألا ترى أن المُحرم لو أخذ صيدًا في الحرم، فجاء رجل فذبحه في يده يجب الجزاء على المُحرم، ويرجع به على الذابح؛ لأنه أكد الجزاء عليه، وكان على شرف السقوط بأن يخلي سبيله، وقد بُين ضعف هذا الوجه في الأصول، واختار فخر الإسلام بأن الضمان إنما يجب على الشهود؛ لأنهم لما ألزموه على الزوج صاروا كأنهم أخذوه من يد الزوج ودفعوه إليها، فصار كالغصب.

قوله: (في معنى الفسخ) لعود المبدل، وهو البضع، إليها كما كان، فصار بمنزلة الفسخ قبل قبض المبيع، وإنما قيل: في معنى الفسخ، ولم يقل: هو فسخ؛ لأن النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ؛ لكن لما عاد قبل الدخول المبدل إليها كما كان صار بمنزلة الفسخ، فيكون وجوب نصف المهر ابتداء بشهادتهما، وإنما قال: النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ؛ لأنه قبل اللزوم يقبله، كما لو نكح الصغيرة أخوه، فلها خيار الفسخ بالبلوغ؛ لما أن النكاح لم يقع لازمًا.

وإنما قيد **(قبل الدخول)** لأنه لو طلقها بعد الدخول لم يجب شيء عليهما

---

(١) انظر: المغني (١٠/ ٢٢٣)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ١١٥).
(٢) انظر: المدونة (٤/ ٥٤٠)، الذخيرة (١٠/ ٣٠٧).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٦٣)، حلية العلماء (٣/ ١٢١١).
(٤) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٦٣)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ٣٠٠).
(٥) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣٠٨)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٦٤).

النِّكَاحِ، ثُمَّ يَجِبُ نِصْفُ المَهْرِ ابْتِدَاءً بِطَرِيقِ المُتْعَةِ فَكَانَ وَاجِبًا بِشَهَادَتِهِمَا قَالَ: (وَإِنْ شَهِدَا أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا قِيمَتَهُ) لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَا مَالِيَّةَ العَبْدِ عَلَيْهِ مِن غَيْرِ عِوَضٍ، وَالوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ، لِأَنَّ العِتْقَ لَا يَتَحَوَّلُ إِلَيْهِمَا بِهَذَا الضَّمَانِ فَلَا يَتَحَوَّلُ الوَلَاءُ

بالرجوع عندنا ومالك[١] وأحمد[٢]، وعند الشافعي[٣] يجب مهر المثل عليهما، والمسألة مشهورة.

وفي الكافي: لو شهدا بالطلاق قبل الدخول ثم رجعا [٢/ ٢٢٠/ب] بعد موته غرما لورثته نصف المهر، ولم يرث؛ لأنا حكمنا بالبينونة قبل الموت.

ولو شهدا بعد موت الزوج أنه طلقها قبل الدخول في حياته ثم رجعا لم يضمنا للورثة؛ لأن الشهادة وقعت لهم، وضمنا للمرأة نصف المهر والميراث؛ لأن الميراث كان مؤكدًا ظاهرًا بالموت بحيث لا يسقط بالمُسقِطِ، وكذلك الميراث كان واجبًا لها بموت الزوج، [فهما][٤] بهذه الشهادة أبطلا عليها نصفًا مؤكدًا من المهر، وإرثًا ثانيًا بالظاهر، فيضمنان لها ذلك، وبه قال مالك[٥].

قوله: (**ضمنا قيمته**) أي: قيمة العبد، ولا خلاف فيه، موسرين كانا أو معسرين؛ لأنه ضمان إتلاف.

(**لأن العتق [لا يتحول]**[٦] **إليهما**) أي: الشاهدين (**بهذا الضمان**) لأنه مما لا يحتمل الفسخ (**فلا يتحول الولاء**) ضرورة؛ لأن الولاء لمن أعتق، ولا يمتنع وجوب الضمان بثبوت الولاء للمعتق؛ لأن الولاء ليس بمال متقوّم، بل هو كالنسب، فلا يكون عوضًا عما أتلفا[٧].

فإن قيل: ينبغي ألا يكون الولاء للمولى؛ لأنه ينكر العتق.

قلنا: صار مكذبًا شرعًا بالقضاء؛ لأن القاضي لمّا قضى عليه بالعتق تبعه الولاء.

---

(١) انظر: المدونة (٤/ ٥٤٠)، الذخيرة (١٠/ ٣٠٧).
(٢) انظر: المغني (١٠/ ٢٢٣)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ١١٥).
(٣) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٦١)، روضة الطالبين وعمدة المفتين (١١/ ٣٠٠).
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٥) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣٠٨)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٦٤).
(٦) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٧) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٩١)، البناية شرح الهداية (٩/ ٢٠٩).

....

وفي المبسوط[١] والمغني: لو شهدا أنه دبره، فقضى بذلك ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير؛ لأن ملك المالية للمولى ينتقص بالتدبير، فيضمنان النقصان، ولو شهدا بالكتابة فقضى بذلك، ثم رجعا ضمن قيمة العبد، والفرق بينهما أنهما حالا بين المولى ومدبره [ولكن][٢] انتقصت مالية العبد بالتدبير، فضمنا النقصان.

ثم الشاهدان يبيعان المكاتب ببدل الكتابة على نجومهما؛ لأنهما قاما مقام المولى في ذلك حتى ضمنا قيمته، وبه قال مالك[٣]، وهكذا قال في المدبّرِ، وقال أحمد[٤] في المكاتب: يرجع بالنقصان، ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي ما عليه إليهما، فإذا أداه إليهما فالولاء للذي كاتبه؛ لأنهما قاما مقامه في قبض بدل الكتابة، فإذا أداه إليهما كان كأنه أداه إلى المولى.

ولو عجز ورد إلى الرق كان لمولاه؛ لأن رقبته لم تصر مملوكة لهما؛ لأن المكاتب لا يقبل النقل، فرجوعهما غير صحيح في حقه، ويردّ المولى ما أخذ منهما إليهما؛ لأن الحيلولة قد زالت، وعند مالك[٥] بيع[٦] لهما إن لم يستوفيا من نجومه.

ولو شهدا بإقرار المولى أن أمَته أم ولده، والمولى ينكر، فقضى بذلك ثم رجعا؛ فإن لم يكن معها ولد ضمنا نقصان قيمتها، وبه قال أحمد[٧]، وقال مالك[٨]: ضمنا قيمتها للمولى، وفيه تفريعات كثيرة. ذكره في المحيط[٩]، وشرح الطحاوي[١٠].

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٩).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣١٣)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٦٧).
(٤) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٩٦)، المغني (١٠/ ٢٢٣، ٢٢٤).
(٥) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣١٣)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٦٧).
(٦) في الأصل: (تبعا) والمثبت من النسخة الثانية.
(٧) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٩٦)، المغني (١٠/ ٢٢٤).
(٨) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣١٤)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٦٨).
(٩) انظر: المحيط البرهاني في الفقه النعماني (٨/ ٥٥٤).
(١٠) انظر: شرح مختصر الطحاوي (٨/ ١٧١).

(وَإِنْ شَهِدُوا بِقِصَاصٍ ثُمَّ رَجَعُوا بَعْدَ القَتْلِ، ضَمِنُوا الدِّيَةَ وَلَا يُقْتَصُّ مِنهُمْ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: يُقْتَصُّ مِنهُمْ لِوُجُودِ القَتْلِ مِنهُمْ تَسْبِيبًا فَأَشْبَهَ المُكْرِهَ بَلْ أَوْلَى، لِأَنَّ الوَلِيَّ يُعَانُ وَالمُكْرَهِ يُمْنَعُ. وَلَنَا: أَنَّ القَتْلَ مُبَاشَرَةً لَمْ يُوجَدْ، وَكَذَا تَسْبِيبًا، لِأَنَّ التَّسْبِيبَ مَا يُفْضِي إِلَيْهِ غَالِبًا، وَهَاهُنَا لَا يُفْضِي، لِأَنَّ العَفْوَ مَنْدُوبٌ، بِخِلَافِ

قوله: (ضمنوا الدية)، وبه قال ابن القاسم المالكي[1]، (وقال الشافعي[2]: يقتص منهم)، وبه قال أحمد[3] وأشهب المالكي[4] إن قالا: تعمدنا الكذب ليقتل، وإن قالا: أخطأنا تجب الديّة بالاتفاق.

قوله: (والمكرَه يمنع) بنصب الراء، على صيغة اسم المفعول؛ لأن الشاهد بمنزلة المكرِه، بكسر الراء، والولي بمنزلة المكرِه، وحاصله أن الإكراه أقل إفضاء إلى القتل، فكان قاصرًا؛ لأن المكره ممنوع عن القتل شرعًا، ومع ذلك يقتل المكره، فأولى أن يجب هنا؛ لكمال الشهادة إلى الإفضاء إلى القتل؛ لأن القتل يباح للولي[5].

قوله: (ولنا أن القتل مباشرةً لم يوجد)، وانتصاب (مباشرةً) على التمييز، (وكذا تسبيبًا؛ لأن التسبيب ما يفضي إليه غالبًا).

(ولا يفضي؛ لأن العفو مندوب) من الولي، قال تعالى: ﴿وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ [البقرة:٢٣٧].

وفي المبسوط[6]: الشاهد لم يكن مباشرًا لا حقيقةً ولا حكمًا ولا معنًى؛ أما حقيقةً فظاهر، وأما حكمًا؛ لأن الولي طائع مختار في القتل، فيقطع النسبة، ولا معنًى؛ لعدم الإلجاء، فإن القاضي إذا لم يحكم يخاف العقوبة في الآخرة، ولا يصير ملجأ به كما ذكرنا مرةً، فلا يصير به مكرهًا، فكان الشهادة تسبيبًا، ولا مساواة بين التسبيب والمباشرة، ويعتبر في القصاص المساواة.

---

(١) انظر: الذخيرة (١٠/ ٢٩٦)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٥٩).
(٢) انظر: الأم (٧/ ٥٧)، الحاوي الكبير (١٧/ ٢٥٦).
(٣) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٩٤)، المغني (١٠/ ٢٢٠، ٢٢١).
(٤) انظر: الذخيرة (١٠/ ٢٩٦)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٥٩).
(٥) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٩٢)، البناية شرح الهداية (٩/ ٣٢٠).
(٦) المبسوط للسرخسي (٢٦/ ١٨١).

الْمُكْرِهِ، لِأَنَّهُ يُؤْثِرُ حَيَاتَهُ ظَاهِرًا، وَلِأَنَّ الفِعْلَ الِاخْتِيَارِيَّ مِمَّا يَقْطَعُ النِّسْبَةَ، ....

وفي الأسرار: من مشايخنا من قال في تعليل المسألة بأن الشهود مسببون، ولا مساواة بين التسبيب والمباشرة، وهو ضعيف؛ لأن المذهب عند الشافعي[(١)] أن المسبب والمباشر واحد، ألا ترى أنه يلزمه الكفارة، إلا أن حافر البئر بمنزلة القاتل بسوط صغير؛ لأن الحفر لا يعد للقتل وضعًا، كالضرب بسوط صغير مرة أو مرتين، فأما الشهادة فطريق مسلوك [٢/ ٢٢١/أ] لأخذ ما يثبت بالشهادة، فكان كالضرب بما يقصد به القتل.

وقلنا: لما ثبت من مذهبنا أن الولي لا يقتل، وقد باشر القتل مختارًا لا بإلزام الشهود، فإنه إن شاء عفا، ثم لم يلزم القصاص؛ للشبهة، فالشهود الذين يصيرون بالشهادة متلفين حكمًا أولى؛ لأن الضمان بالقتل الذي باشره الولي لا بالقضاء وحده.

وفي الكافي: وقوله في الهداية: (ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد) إلى قوله: **(لأنه يؤثر حياته ظاهرًا)** مشكل؛ لأن الأمر على القلب، فالظاهر أن الولي يقدم على القتل لكونه مباحًا، وبه يدرك ثأره، والظاهر أن المكره لا يقبل؛ لأنه لا يباح له قتله، ويحتمل أن يرتدع المكره عنه، أو يلحقه الغوث.

أجيب عنه بأنه إنما قال الشيخ ظاهرًا بالنظر إلى حال المسلم المتدين؛ لأنه لا يلحقه بعفوه ضرر بنفسه وماله، ويحصل له الأجر الكثير، فأما المكره يختار حياته بأدنى رخصة في الشرع، ويرجحه على حياة غيره غالبًا، واحتمال الغوث نادر، وعلى تقدير لحوق الغوث لم يبق الإكراه، وكلامنا في المكره[(٢)].

قوله: (ولأن الفعل الاختياري) أي: القتل الصادر من الولي باختياره الصحيح، من غير إجبار **(مما يقطع به النسبة)** بخلاف المكره، فإن له اختيارًا فاسدًا، وللمكره اختيار صحيح، والفاسد في مقابلة الصحيح بمنزلة المعدوم، فصار المُكرَه كالآلة للمكرِه، فلذلك انتقل فعله إلى المكرِه، فأضيف فعله إلى

---

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٧/ ٢٥٦، ٢٥٧)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٩/ ٥٨).
(٢) انظر: العناية شرح الهداية (٧/ ٤٩١، ٤٩٣)، البناية شرح الهداية (٩/ ٢١٠، ٢١١).

ثُمَّ لَا أَقَلَّ مِن الشُّبْهَةِ وَهِيَ دَارِئَةٌ لِلْقِصَاصِ، بِخِلَافِ المَالِ، لِأَنَّهُ يَثْبُتُ مَعَ الشُّبُهَاتِ وَالبَاقِي يُعْرَفُ فِي المُخْتَلِفِ.

المكره على أنه لم يقطع النسبة بالكلية (**فلا أقل بأن يورث الشبهة**) وهي مانعة للقود.

(**بخلاف المال**) أي: الديّة (**والباقي**) أي: باقي المسألة وتفريعاته (**يعرف في المختلف**).

فإنه قال في المبسوط[1]: ولو رجعا يكون عليهما الديّة؛ لأن كل واحد مسبب لإتلاف نصف النفس، فإن رجع الولي معهما، أو جاء المشهود بقتله حيًّا ـ فولى المقتول بالخيار بين تضمين الشاهدين، وبين تضمين القاتل؛ لأن القاتل متلف حقيقةً، والشهود حكمًا، والإتلاف الحكمي في وجوب الضمان كالإتلاف الحقيقي، فكان له الخيار.

ثم إن ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين، وبه قال مالك[2] في رواية؛ لأنه ضمن بفعله باختياره.

وإن ضمن الشهود لم يرجعوا على الولي أيضًا عند أبي حنيفة، وعندهما: يرجعون، وبه قال مالك[3]؛ لأنهم ضمنوا بشهادتهم، وقد كانوا عاملين فيه للولي، فيرجعون عليه، كما لو شهدوا بالقتل الخطأ أو بالمال.

ولا يقال: هناك قد ملكا المقبوض وهنا لم يملكا؛ لأن القصاص لا يملك بالضمان، والمشهود به هو القصاص.

لأنا نقول: إنهما لم يملكا، فقد قاما مقام من ضمنها في الرجوع على القاتل بمنزلة من غصب مدبرًا، فغصبه آخر، ثم ضَمَّن المالكُ الغاصبَ الأول، فإنه يرجع بالضمان على الثاني، وإن لم يملك المدبر بالضمان، ولكنه قام مقام من ضمنه، وهذا لأن القصاص مما يملك في الجملة، حتى ملكه ولي

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٦/ ١٨١، ١٨٢).
(٢) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣٠٠)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٦٢، ١٠٦٣).
(٣) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣٠٠)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٦٢).

قَالَ: (وَإِذَا رَجَعَ شُهُودُ الفَرْعِ ضَمِنُوا) لِأَنَّ الشَّهَادَةَ فِي مَجْلِسِ القَضَاءِ صَدَرَتْ

القصّاص، وله بدل متقوّم محتمل للتمليك، فيكون السبب معتبرًا، على أن يعمل في بدله عند تعذر إعماله في الأصل، كاليمين على مَسّ السماء.

وكذا شهود الكتابة إذا رجعوا وضمنوا للمولى القيمة كان لهم أن يرجعوا على المكاتب ببدل الكتابة، ولم يملكوا رقَبة المكاتب، ولكن المكاتب لما كان مملوكًا انعقد السبب في حقهم على أن يكون عاملًا في بدله، وهو بدل الكتابة، فيملكون بدل الكتابة بذلك، وإن لم يملكوا رقبة المكاتب، فهذا مثله.

وأبو حنيفة يقول: الشهود ضمنوا لإتلافهم المشهود به حكمًا، والمتلف لا يرجع بما ضمن بسببه على غيره، كالوليّ، وهذا لأنهم لو لم يكونوا مُتلفين لما ضمنوا مع وجود المباشر، كالحافر مع الدافع، وهاهنا ضمنوا، عرفنا أنهم جناة متلفون حكمًا، وإن كان تمام الإتلاف عند استيفاء الولي، فإن استيفاء الوليّ بمنزلة شرط مقرر لجنايتهم، ومن ضمن شيئًا بجناية نفسه لا يرجع على غيره.

أما في الخطأ إنما يرجع؛ لأنه ملك المقبوض، وهو الدية، بالضمان، وقد أتلفه المستوفي بصرفه إلى خاصته، وهذا سبب آخر موجب للضمان عليه للشاهد، وكذلك في المال.

وقولهما: ينعقد السبب موجبًا له الملك أن يعمل في بدله.

قلنا: هذا أن لو كان في [٢/ ٢٢١/ب] الأصل توهم الملك بالضمان، وليس في القصاص توَهم الملك بالضمان بحال، فلا ينعقد السبب باعتبار الحلف، ثم لو كان القصاص ملكًا لهما لم يضمنه المتلف عليهما، كما لو شهدا على الولي بالعفو، وقيل: أخر من عليه القصاص فليس لمن له القصاص قبله الضمان، وانعقاد السبب لا يكون أقوى من ثبوت حقيقة الملك، وبه فارق مسألة غصب المدبر والكتابة، فإن هناك لو كان ملكًا حقيقة كان يضمنه المتلف عليه، فكذلك إذا جعل كالمالك حكمًا باعتبار انعقاد السبب، فيكون له أن يرجع لذلك. الكل من المبسوط[1].

قوله: (وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا) ولا نعلم فيه خلافًا.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٦/ ١٨٢، ١٨٣).

مِنهُمْ، فَكَانَ التَّلَفُ مُضَافًا إِلَيْهِمْ (وَلَوْ رَجَعَ شُهُودُ الأَصْلِ وَقَالُوا: لَمْ نُشْهِدْ شُهُودَ الفَرْعِ عَلَى شَهَادَتِنَا، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّهُمْ أَنْكَرُوا السَّبَبَ وَهُوَ الإِشْهَادُ، فَلَا يَبْطُلُ القَضَاءُ، لِأَنَّهُ خَبَرٌ مُحْتَمِلٌ فَصَارَ كَرُجُوعِ الشَّاهِدِ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ القَضَاءِ (وَإِنْ قَالُوا: أَشْهَدْنَاهُمْ وَغَلِطْنَا، ضَمِنُوا وَهَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ)(*) لِأَنَّ القَضَاءَ وَقَعَ بِشَهَادَةِ الفُرُوعِ، لِأَنَّ القَاضِيَ يَقْضِي بِمَا يُعَايِنُ

قوله: **(فلا ضمان عليهم)** أي: على شهود الأصل باتفاق الأئمة الأربعة، وعن أحمد[١] في وجه: يضمنون كالمُزَكّين.

قوله: **(لأنه خبر محتمل)** أي: لأن إنكارهم الإشهاد خبر محتمل للصّدق والكذب، فلا يبطل القضاء، كما لو شهد الأصل بنفسه، وقضى القاضي بشهادته ثم رجع، وإن قالوا: أشهدناهم وغلطنا ضمنوا.

وفي المبسوط[٢]: وكذلك لو قالوا: أشهدناهم على شهادتنا ولكن رجعنا عن ذلك؛ فعندهما لا يضمن الأصول أصلًا، وعند محمد يضمنون؛ لما ذكرنا أن الفرعين قاما مقام الأصلينِ في نقل شهادتهما إلى مجلس القاضي، فأما القضاء يحصل بشهادة الأصلينِ؛ فلهذا اعتبرنا عدالتهما، فصار كأنهما حضرا بأنفسهما وشهدا ثم رجعا، وبه قال أحمد[٣]، وقالا: القاضي يحكم بما عاين من الحُجّةِ، وهي شهادة الفروع، والموجود من الأصول شهادة في غير مجلس القاضي، وهي غير حجة فلا يكون سببًا للإتلاف، فلا يلزم الأصول الضمان وإن رجعا؛ لأن الشهادة تختص بمجلس القاضي، كالرجوع، والرجوع في غير مجلس القاضي لا يوجب الضمان، فكذا الشهادة في غير مجلس القاضي، وقد بيّنا أن الفروع لم يكونوا نائبين؛ لعدم ولاية الأصول بعد الإشهاد منعهم عن الشهادة.

(*) الراجح: قول الشيخين.

(١) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٩٦)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ١١٢).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٢١).

(٣) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٩٦)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ١١٢).

مِن الحُجَّةِ وَهِيَ شَهَادَتُهُمْ. وَلَهُ: أَنَّ الفُرُوعَ نَقَلُوا شَهَادَةَ الأُصُولِ فَصَارَ كَأَنَّهُمْ حَضَرُوا (وَلَوْ رَجَعَ الأُصُولُ وَالفُرُوعُ جَمِيعًا يَجِبُ الضَّمَانُ عِنْدَهُمَا عَلَى الفُرُوعِ لَا غَيْرُ) لِأَنَّ القَضَاءَ وَقَعَ بِشَهَادَتِهِمْ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ: المَشْهُودُ عَلَيْهِ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ ضَمِنَ الأُصُولَ وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ الفُرُوعَ، لِأَنَّ القَضَاءَ وَقَعَ بِشَهَادَةِ الفُرُوعِ مِن الوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَا، وَبِشَهَادَةِ الأُصُولِ مِن الوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَ فَيَتَخَيَّرُ بَيْنَهُمَا، وَالجِهَتَانِ مُتَغَايِرَتَانِ فَلَا يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا فِي التَّضْمِينِ (وَإِنْ قَالَ شُهُودُ الفَرْعِ: كَذَبَ شُهُودُ

قوله: (والجهتان متغايرتان)؛ لأن شهادة الأصول على أصل الحق، وشهادة الفروع على شهادة الأصول **(فلا يجمع بينهما في التضمين)**.

وفي المبسوط[١]: ولا يقال بأن الأصلين يضمنان النصف، والفرعين النصف الآخر، فيجعل الكل في حكم شهادة واحدة؛ لأنه لا تجانس بين شهادتي الفريقين؛ لما ذكرنا أن شهادة الأصول على أصل الحق، وشهادة الفروع على شهادة الأصول، وإذا لم يكن التجانس بين الشهادتين فلا يجعل كشهادة واحدة، فيُجعل كل فريق كالمنفرد، فيُخيّر في التضمين، كالغاصب وغاصب الغاصب.

أما هاهنا لو ضمن كل واحد من الفريقين لا يرجع على الآخر عند محمد، بخلاف غاصب الغاصب إذا ضمن الغاصب يرجع على غاصبه؛ لأن كل واحد من الفريقين هاهنا مؤاخذ بقوله، فلا يرجع على غيره، وهذا لأن نقل شهادة الأصول إلى مجلس القاضي سبب التلف، ونقل شهادتهما ثبت لهما بإشهادهم، فإنه لولا إشهاد الأصول لما تمكن الفروع من النقل، ولولا نقل الفروع لم يثبت التلف، فكان فعل كل واحد من الفريقين في حق المشهود عليه سبب ضمانه على سبيل المباشرة.

أما في حق الفروع فظاهر، وكذا في حق الأصول؛ لأن أداء الفروع منقول إليهم؛ لأن الفروع مضطرون من جهة الأصول إلى الأداء بعد الإشهاد، حتى لو امتنعوا من الأداء أثِموا، ولهذا قضاء القاضي منقول إلى الشهود؛ لأنه مضطر

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٢١).

الْأَصْلِ، أَوْ غَلِطُوا فِي شَهَادَتِهِمْ، لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَى ذَلِكَ) لِأَنَّ مَا أُمْضِيَ مِن الْقَضَاءِ لَا يُنْتَقَضُ بِقَوْلِهِمْ، وَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمْ، لِأَنَّهُمْ مَا رَجَعُوا عَنْ شَهَادَتِهِمْ، إِنَّمَا شَهِدُوا عَلَى غَيْرِهِمْ بِالرُّجُوعِ.

قَالَ: (وَإِنْ رَجَعَ الْمُزَكَّوْنَ عَنْ التَّزْكِيَةِ ضَمِنُوا وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: لَا

إلى القضاء بعد الشهادة، فلما كان كذلك كان كل فريق مؤاخذًا بفعله، فلا يرجع على غيره، إليه أشار في المبسوط[١].

قوله: (وإذا رجع المزكون) إلى آخره، وفي المبسوط[٢]: شهدوا على الزنا، وزكاها المزكون، ثم تبين أنهم عبيد أو مجوس، فإن ثبت المزكّون على التّزكية، وزعموا أنهم أحرار فلا ضمان عليهم ولا على الشهود، أما على الشهود؛ لأنه لم يتبيّن كذبهم، وأما على المزكّين؛ فلأنهم اعتمدوا على ما سمعوا من إسلامهم وحريتهم، وإنما زكوهم بقول الناس، فلم يتبيّن كذبهم فيما أخبروا عن قول الناس.

وقال أحمد[٣]: على المزكين الضمان؛ لأنهم شهدوا بالزور، وشهادتهم أفضت إلى التلف، ولا ضمان على الشهود؛ لأنهم يقولون: شهدنا بحق، ولا على القاضي؛ لأنه ملجأ في الحكم، وأما إذا رجع المزكون عن التزكية [٢/ ٢٢٢/أ] فعليهم الضمان عند أبي حنيفة، وبه قال أحمد[٤] ومالك[٥]، وعندهما الديّة في بيت المال في الوجهين؛ لأن المزكّين ما أثبتوا سبب الإتلاف، وسبب الإتلاف وما تعرضوا له، وإنما أثنوا على الشهود خيرًا، فكانوا في المعنى كشهود الإحصان.

وأبو حنيفة يقول: إنهم أثبتوا سبب الإتلاف وهو الشهادة، والشهادة إنما كانت موجبة بالتزكّيةِ، فكانت التزكية كعلة العلة، بخلاف شهود الإحصان، فإن

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٢١).
(٢) المبسوط للسرخسي (٩/ ٥٩، ٦٠).
(٣) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٩٦)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ١٢٩).
(٤) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٩٦)، الشرح الكبير على متن المقنع (١٢/ ١٢٩، ١٣٠).
(٥) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣٠٤)، مواهب الجليل (٦/ ٢٠٢).

يَضْمَنُونَ)(*) لِأَنَّهُمْ أَثْنَوْا عَلَى الشُّهُودِ خَيْرًا فَصَارُوا كَشُهُودِ الإِحْصَانِ. وَلَهُ: أَنَّ التَّزْكِيَةَ، إِعْمَالٌ لِلشَّهَادَةِ، إِذْ القَاضِي لَا يَعْمَلُ بِهَا إِلَّا بِالتَّزْكِيَةِ، فَصَارَتْ بِمَعْنَى عِلَّةِ العِلَّةِ، بِخِلَافِ شُهُودِ الإِحْصَانِ، لِأَنَّهُ شَرْطٌ مَحْضٌ (وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ بِاليَمِينِ وَشَاهِدَانِ بِوُجُودِ الشَّرْطِ ثُمَّ رَجَعُوا: فَالضَّمَانُ عَلَى شُهُودِ اليَمِينِ ....

الشهادة على الزنا بدون الإحصان موجبة للعقوبة، وشهود الإحصان ما جعلوا ما ليس بموجب موجبًا، ولكن الإحصان إذا ثبت كان معرفًا لحكم الزنا، فثبت أنه علامة لا شرط، فلم يتعلق به وجوب ولا وجود.

ولو رجع شهود الإحصان لم يضمنوا عندنا والشافعي[1] في قول ومالك[2] في رواية، سواء رجعوا مع الشهود أو وحدهم، وقال زفر والشافعي في قول ومالك[3] في رواية وأحمد[4]: يضمنون؛ لأن الزِّنا موجب للرجم بقولهم، فيكون في معنى العلة.

وقلنا: الإحصان في معنى العلامة؛ لأن حكم الشرط أن يمنع انعقاد العلة إلى أن يوجد الشرط، والزِّنا إذا وجد لم يتوقف حكمه على إحصان يحدث بعده، فإنه إذا زنى ثم أحصن لا يرجم، ولكن الإحصان إذا ثبت كان معرفًا لحكم الزنا، والحكم لا يضاف إلى المظهر كما ذكرنا.

وفي المبسوط[5]: وكيف يكون الإحصان موجبًا للزنا ومؤثرًا، فإن ثبوت الخصال الحميدة مانعة عن الزنا، ومثبت ما يوجب المنع عن الشيء لا يكون كمثبت من يوجب وجود ذلك الشيء؛ إذ هما على طرفي نقيض؟ فلما لم توجب هذه الخصال الزنا لم توجب الرجم أيضًا؛ لأن ذلك حكم الزنا.

قوله: (فالضمان) أي: ضمان قيمة العبد أو ضمان نصف المهر؛ لأن وضع المسألة فيهما على ما ذكر في الكتاب.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) انظر: الحاوي الكبير (١٣/ ٢٣٧)، نهاية المطلب في دراية المذهب (١٩/ ٦٠، ٦١).

(٢) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣٠٣)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٦١).

(٣) انظر: الذخيرة (١٠/ ٣٠٣)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة (٣/ ١٠٦١).

(٤) انظر: الكافي في فقه الإمام أحمد (٤/ ٢٩٦)، المغني (١٠/ ٢٢٩).

(٥) المبسوط للسرخسي (٩/ ٦٠).

خَاصَّةً) لِأَنَّهُ هُوَ السَّبَبُ، وَالتَّلَفُ يُضَافُ إِلَى مُثْبِتِي السَّبَبِ دُونَ الشَّرْطِ المَحْضِ أَلَا تَرَى أَنَّ القَاضِيَ يَقْضِي بِشَهَادَةِ اليَمِينِ دُونَ شُهُودِ الشَّرْطِ، وَلَوْ رَجَعَ شُهُودُ الشَّرْطِ وَحْدَهُمْ اخْتَلَفَ المَشَايِخُ فِيهِ، وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ يَمِينُ العِتَاقِ وَالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ.

وقوله: (خاصة) احتراز عن قول زفر، فإن الضمان عنده على الجميع، قال: لأن التلف حصل بشهادة الفريقين جميعًا، وقلنا: شهود اليمين أثبتوا العلة الموجبة للعتق، وهي قوله: أنت حر، وشهود الدخول أثبتوا شرط العتق، وهو الدخول، والشرط لا يعارض العلة في إضافة الحكم؛ لأن إضافة الحكم إلى العلة حقيقة، وإضافته إلى الشرط مجازية، كما في الحافر مع الدافع، فإن الحكم يضاف إلى الدافع دون الحافر. كذا في المبسوط[١].

قوله: (اختلف المشايخ فيه)، في المبسوط[٢]: ظن بعض مشايخنا أن شهود الشرط يضمنون بالرجوع فيما إذا كانت اليمين ثابتة بإقرار المولى، وقالوا: لأن العلة لا تصلح لإضافة الحكم؛ لأنها ليست بتَعَدٍّ، فيكون الحكم مضافًا إلى الشرط؛ إذ الشرط يخلف العلة، كما في حفر البئر، وهو غلط؛ بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون، نص عيه في الزيادات؛ لأن قوله: (أنت حر) مباشرة للإتلاف، وعند وجود المباشر يضاف الحكم إليه لا إلى الشرط، سواء كان الشرط بطريق التعدي أو لا، بخلاف مسألة الحفر، فالعلة هناك ثقل الماشي، وليس ذلك من مباشرة الإتلاف في شيء، فلهذا يجعل الإتلاف مضافًا إلى الشرط.

وفي الكافي: وإلى الأول مال فخر الإسلام، ولو شهدا بالتفويض، وآخران بأنها طلقّت أُو أعتق فالتفويض كالشرط[٣].

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ١١). (٢) المبسوط للسرخسي (١٧/ ١١).
(٣) انظر: البناية شرح الهداية (٩/ ٢١٥)، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق (٧/ ١٣٨).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الوَكَالَةِ

كِتَابُ الْوَكَالَةِ

قيل: وجه مناسبته بالشهادات؛ أن الشهادة والوكالة صفة الله تعالى، قال الله تعالى: ﴿ثُمَّ اللَّهُ شَهِيدٌ عَلَىٰ مَا يَفْعَلُونَ﴾ [يونس:٤٦] ﴿وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ﴾ [آل عمران:١٧٣] وقيل: هو أن كلًّا منهما إيصال النفع إلى الغير بالإعانة في إحياء حقه، أو كل واحد يصلح سببًا لاكتساب الثواب، والصيانة عن العقاب في المعاملات.

ثم محاسن الوكالة ظاهرة؛ لما فيها من إيصال النفع وقضاء حوائج المحتاجين.

والوكالة لغةً: الحفظ، ومنه الوكيل في أسماء الله تعالى، بمعنى الحافظ، ولهذا قلنا: إذا قال: (وكلتك بمالي) إنه يملك الحفظ فقط.

والوَكالة ـ بفتح الواو وكسرها ـ: اسم للتوكيل، من قولك: وَكَّلْتُك توكيلًا، والتوكّل: إظهار العجز والاعتماد على الغير، والاسم: التُّكْلان، والتركيب يدل على التفويض والاعتماد، يقال: على الله توكلنا، أي: فوضنا أمورنا إليه، والوكيل: هو القائم بما فُوِّض إليه، والجمع: الوُكَلاء، كأنه (فعيل) بمعنى (مفعول)، واتَّكَلْت على فلان في أمري: أي: اعتمدت، وأصله (اِوْتَكَلْت) [٢/ ٢٢٢/ب] قلبت الواوُ ياءً؛ لانكسار ما قبلها، ثم أبدل منها التاء، فأدغمت في تاء الافتعال. كذا في الصحاح والمغرب(١).

وشرعًا: إقامةُ الإنسانِ غيرَه مُقامَ نفسه في تصرف معلوم.

والوكالة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾ [الكهف:١٩]

---

(١) انظر: المغرب في ترتيب المعرب للمُطَرِّزِيّ (ص ٤٩٤)، والصحاح للجوهري (٥/ ١٨٤٥).

....

قَصَّ الله تعالى عن الأمم الماضية بلا إنكار، فيكون شريعة لنا ما لم يظهر ناسخه.

وأما السنة: فما روي أنه عليه السلام **وكَّل حَكِيم بن حِزَام بِشرَاءِ الأُضحية**[١]، وعروة البارقي به أيضًا[٢].

«ووَكّل عمرو بن أُميّة الضّمريّ بقُبُولِ نِكَاحِ أمّ حَبيبَة بِنتِ أبِي سُفَيان، وأبَا رافِعٍ بِقُبول نِكَاحِ ميمُونَةَ»[٣].

وعن جابر قال: أردت الخروج إلى خيبر، فذكر به لرسول الله ﷺ، فقال: **«إذَا لَقِيت وكِيلِي فخُذْ مِنهُ خمسَةَ عَشَر وَسَقًا، فإنِ ابْتَغَى منك آيةً فَضَعْ يَدَك على تَرْقُوَتِهِ»**[٤].

وأجمعت الأمة على جوازها، وكذا المعقول يدل عليه؛ إذ الإنسان قد يعجز عن حفظ ماله عند خروجه للسفر، وقد يعجز عن التصرف في ماله؛ إما لقلة هدايته، أو لكثرة أشغاله، أو لكثرة ماله، أو لضعفه، أو لوجاهته لا يتولى الأمور بنفسه، فاقتضى هذا المعنى جوازَها.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٥٦، برقم ٣٣٨٦)، والترمذي (٣/ ٥٥٠، برقم ١٢٥٧)، والدارقطني (٣/ ٣٩٢ رقم ٢٨٢٣).
قال الترمذي: لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام.

(٢) أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٩٢ رقم ٢٨٢٤)، وأحمد (٤/ ٣٧٦ رقم ١٩٣٨١) من حديث عن عروة بن أبي الجعد البارقي قال: عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني دينارًا، وقال: «أي عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة»، فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت منه شاتين بدينار فجئت أسوقهما، أو فلقيني رجل فساومني فأبيعه شاة بدينار، فجئت بالدينار وجئت بالشاة، فقلت: يا رسول الله، هذا ديناركم، وهذه شاتكم، قال: «وصنعت كيف؟» قال: فحدثته الحديث، فقال: «اللهم بارك له في صفقة يمينه»، فلقد رأيتني أقف بكناسة الكوفة فاربح أربعين ألفًا قبل ان أصل إلى أهلي، وكان يشترى الجواري ويبيع.

(٣) أخرجه الحاكم (٤/ ٢٢ رقم ٦٧٧١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٧/ ٢٢٥ رقم ١٣٧٩٦).

(٤) أخرجه أبو داود (٣/ ٣١٤ رقم ٣٦٣٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٣٢ رقم ١١٤٣٢).
قال ابن حجر: رواه أبو داود وصححه. بلوغ المرام (٨٨٧)، وقال أيضًا: أخرجه أبو داود من طريق وهب بن كيسان عنه بسند حسن. التلخيص الحبير (٣/ ١٢٣).

قَالَ: (كُلُّ عَقْدٍ جَازَ أَنْ يَعْقِدَهُ ....

وسببها ما هو السبب في سائر المعاملات، وهو تعلق بقاء المقدور[١] بتعاطيها.

وركنها: الألفاظ التي تثبت بها الوكالة من قوله: وكلتك في كذا، واقترن به قبول المخاطب.

روى بشر عن أبي يوسف: لو قال لغيره: أحببتُ أن تبيع عبدي هذا، أو قال: هَوِيتُ، أو قال: رضيتُ، أو قال: شئتُ، أو قال: أردتُ، أو قال: وافقتُ[٢]، فهذا كله توكيل.

ولو قال: لا أنهاك عن طلاق امرأتي؛ لا يكون هذا أمرًا وتوكيلًا، حتى لو طلق لا يقع، وكذا لو قال لعبده: لا أنهاك عن التجارة لا يصير مأذونًا.

وقال أبو الليث: الجواب في الوكالة كذلك، أما في الإذن يجب أن يصير العبد مأذونًا عندنا؛ لأنه بسكوت المولى يكون مأذونًا، وهذا فوق السكوت. كذا في الذخيرة.

وقال المحبوبي: لو قال: أنت وكيلي في كل شيء كان وكيلًا بالحفظ، إلا إذا زاد فقال: أنت وكيلي في كل شيءٍ، جائزٌ صنعُك؛ فعند محمد يصير وكيلًا في البياعات والإجارات والهبات والطلاق والعتاق، وعند أبي حنيفة وكيلًا في المعاوضات دون غيرها.

وشرطها: ما ذكر في الكتاب.

وصفتها: أنها من العقود الجائزة.

وحكمها: جواز تصرف الوكيل فيما وكل به.

قوله: (كلُّ عقدٍ جازَ أن يعقده) إلى آخره، فإن قيل: يلزم على طرده الاستقراضُ، فإنه لو استقرض بنفسه يجوز، وتوكيل غيره بالاستقراض يقع على المستقرض الذي هو الوكيل لا على الموكل.

---

(١) في الأصل: (المعذور) والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) في النسختين: (وافقني) والمثبت أولى.

....

قلنا: ذكر في الذخيرة: لو أخرج الوكيل كلامه في الاستقراض مُخرَج الرسالة بأن قال: فلان يستقرض منك كذا، ففعل المقرض تكون الدراهم للآمر [حتى][(١)] لا يكونُ للوكيل أن يمنع ذلك منه.

ولو أخرج الكلام مُخرَج الوكالة بأن قال: أقرضني عشرة فالعشرة للوكيل، وله أن يمنعها من الآمر؛ لأن التوكيل بالاستقراض باطل، بخلاف الرسالة؛ إذ الرسالة موضوعة لنقل العبارة، والوكيل غير ناقل للعبارة.

وإنما صح التوكيل بالبيع وغيره؛ لأن محل التصرف ملك الموكل، والتوكيل بالشراء صح من حيث إنه أمر بإيجاب الثمن في ذمة الموكل، وذمته ملكه، وهذا المعنى لا يتحقق في الاستقراض؛ لأن البدل في باب القرض يجب دينًا في ذمة المستقرض بالقبض لا بالعقد، فلا بد من تصحيح الأمر أولًا بالقبض؛ حتى يستقيم الأمر بإيجاب المثل في ذمته، والأمر بالقبض لم يصح؛ لأنه ملك الغير، فتعذر تصحيح هذه الوكالة باعتبار جانب التملك، وباعتبار جانب العبارة، فبطل.

ثم ذكر في الذخيرة: لو وكله بما لا يملكه الموكل لا يصح؛ لأن التوكيل إثبات ولاية التصرف، وإثبات الولاية بما لا ولاية له باطل.

ثم قال: هذا عندهما، أما عند أبي حنيفة شرط صحة التوكيل كون التوكيل بما يملكه الوكيل، وكون الموكل مالكًا ليس بشرط عنده، حتى لو وَكَّل المسلمُ الذميَّ ببيع خمر وشرائه جائز عنده.

قال شيخي صاحب النهاية: فعلى هذا يحمل إطلاق ما ذكر في رواية على قولهما.

وفي الكافي: قيل: المراد من قوله: أن يكون مالكًا للتصرف بالنظر إلى أصل التصرف، [٢/٢٢٣/أ] وإن امتنع لعارض وبيع الخمر يجوز للمسلم في الأصل، وإنما امتنع بعارض النهي.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الإِنْسَانُ بِنَفْسِهِ جَازَ أَنْ يُوَكِّلَ بِهِ غَيْرَهُ) لِأَنَّ الإِنْسَانَ قَدْ يَعْجِزُ عَنْ المُبَاشَرَةِ بِنَفْسِهِ عَلَى اعْتِبَارِ بَعْضِ الأَحْوَالِ، فَيَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يُوَكِّلَ غَيْرَهُ فَيَكُونَ بِسَبِيلٍ مِنهُ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ. وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَكَّلَ بِالشِّرَاءِ حَكِيمَ بْنَ حِزَامٍ «وَبِالتَّزْوِيجِ عُمَرَ بْنَ أُمِّ سَلَمَةَ ﵄».

قَالَ: (وَتَجُوزُ الوَكَالَةُ بِالخُصُومَةِ فِي سَائِرِ الحُقُوقِ) لِمَا قَدَّمْنَا مِن الحَاجَةِ، إِذْ لَيْسَ كُلُّ أَحَدٍ يَهْتَدِي إِلَى وُجُوهِ الخُصُومَاتِ. وَقَدْ صَحَّ أَنَّ عَلِيًّا ﵁ وَكَّلَ عَقِيلًا، وَبَعْدَمَا أَسَنَّ وَكَّلَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ جَعْفَرٍ ﵁ (وَكَذَا بِإِيفَائِهَا وَاسْتِيفَائِهَا، إِلَّا فِي الحُدُودِ وَالقِصَاصِ، فَإِنَّ الوَكَالَةَ لَا تَصِحُّ بِاسْتِيفَائِهَا مَعَ غَيْبَةِ المُوَكِّلِ عَنْ المَجْلِسِ) لِأَنَّهَا

قوله: (على اعتبار بعض الأحوال) بأن يكون مريضًا، أو شيخًا فانيًا، أو ذا وجاهة لا يتولى الأمور بنفسه، والتوكيل صحيح بدون هذه العوارض؛ لأن حكمة الحكم تراعى في الجنس لا في الأفراد، كالسفر مع المشقة.

قوله: (وبالتزويجِ عمرَ بنَ أمِّ سلمةَ) أي: وكله بتزويج أمه من النبي عليه الصلاة والسلام.

قوله: (في سائر الحقوق) أي: جميعها.

وفي الصحاح: سائر الناس: أي: جميعهم[(١)].

وقوله: **(لما قدمنا)** إشارة إلى قوله: **(لأن الإنسان قد يعجز)** إلى آخره.

قوله: (وكَّل عقيلًا) أي: في الخصومات، وإنما اختارعقيلًا؛ لأنه كان ذكيًّا حاضر الجواب، حتى حُكِي أن عليًّا استقبله يومًا ومعه عنز له، فقال على سبيل الدعابة: أحد الثلاثة أحمق، فقال عقيل: أما أنا وعنزي فعاقلان، فلما كَبِر عقيل وأسن وكل عبد الله بن جعفر الطيار؛ إما لأنه وقره لكبر سنه، أو لنقصان ذهنه، فوكل عبد الله بن جعفر، وكان شابًّا ذكيًّا. كذا في المبسوط[(٢)].

قوله: (مع غيبة الموكل) قيد به؛ لأنه يجوز استيفاء القصاص والقذف في حضوره بإجماع الأئمة الأربعة، وفي غيبته لا يجوز في الأصح، ومالك[(٣)]

---

(١) الصحاح للجوهري (٢/ ٦٩٢).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٩/ ٣).
(٣) انظر: شرح التلقين للمازري (٢/ ٨٠٥).

تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ، وَشُبْهَةُ العَفْوِ ثَابِتَةٌ حَالَ غَيْبَةِ المُوَكِّلِ، بَلْ هُوَ الظَّاهِرُ لِلنَّدْبِ الشَّرْعِيِّ، بِخِلَافِ غَيْبَةِ الشَّاهِدِ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ الرُّجُوعِ، وَبِخِلَافِ حَالَةِ الحَضْرَةِ لِانْتِفَاءِ هَذِهِ الشُّبْهَةِ، وَلَيْسَ كُلُّ أَحَدٍ يُحْسِنُ الِاسْتِيفَاءَ.

فَلَوْ مُنِعَ عَنْهُ يَنْسَدُّ بَابُ الِاسْتِيفَاءِ أَصْلًا، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا تَجُوزُ الوَكَالَةُ بِإِثْبَاتِ الحُدُودِ وَالقِصَاصِ بِإِقَامَةِ

وأحمد[1] يُجوِّز له استيفاء القصاص والقذف في غيبة الموكل؛ لأنه حق العبد، ويجوز استيفاؤه في حضوره، فكذا في غيبته.

وقلنا: إنه عقوبة تسقط بالشبهات، وشبهة العفو ثابتة في حال غيبته؛ لجواز أن الموكل قد عفا بنفسه، والوكيل لا يشعر به، بل هو الظاهر؛ إذ العفو مندوب إليه شرعًا، قال تعالى: ﴿وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، وقال تعالى: ﴿فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ﴾ [المائدة: ٤٥] بخلاف ما لو كان الموكل حاضرًا؛ لأنه لا تتمكن فيه شبهة العفو، وقد يحتاج الموكل إلى ذلك؛ لقلة هدايته في الاستيفاء، أو لأن قلبه لا يحتمل ذلك، وبخلاف الاستيفاء في غيبة الشهود؛ لأن رجوعهم نادر؛ إذ الأصل في العدول الصدق.

قوله: (وليس كل أحد) إلى آخره: جواب إشكال، وهو أن يقال: لما حضر الموكل لم يحتج إلى التوكيل باستيفاء القصاص؛ بل يستوفيه بنفسه؛ لما أن في التوكيل شبهة البدلية، واستيفاء القصاص مما لا تجرى فيه الأبدال، فأجاب عنه بهذا، وهو ما ذكرنا من قلة هدايته، إلى آخره.

قوله: (وهذا الذي ذكرناه) أي: جواز التوكيل بإثبات كل الحقوق، سواء كان في الحدود والقصاص، أو غيرها **(قول أبي حنيفة)** وبه قالت الأئمة الثلاثة[2]، وعند أبي يوسف: لا يجوز في إثبات الحدود والقصاص.

في المبسوط: وكَّل رجلًا بطلب قصاص في نفس أو ما دونها ـ لا يجوز، وإن وكله بإقامة البينة على ذلك جاز عند أبي حنيفة ومحمد، إلا عند أبي حنيفة عند مرض الخصم أو غيبته، وعند محمد على كل حال، وبه قالت الأئمة

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٦٧).
(٢) انظر: الذخيرة للقرافي (٨/ ٥)، والتنبيه للشيرازي (ص ١٠٨)، والهداية للكلوذاني (ص ٢٧٧).

الشُّهُودِ أَيْضًا) وَمُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقِيلَ: مَعَ أَبِي يُوسُفَ ـ رَحِمَهُمُ اللَّهُ ـ، وَقِيلَ: هَذَا الِاخْتِلَافُ فِي غَيْبَتِهِ دُونَ حَضْرَتِهِ(*)، لِأَنَّ كَلَامَ الوَكِيلِ يَنْتَقِلُ إِلَى المُوَكِّلِ عِنْدَ حُضُورِهِ فَصَارَ كَأَنَّهُ مُتَكَلِّمٌ بِنَفْسِهِ. لَهُ: أَنَّ التَّوْكِيلَ إِنَابَةٌ وَشُبْهَةُ النِّيَابَةِ يُتَحَرَّزُ عَنْهَا فِي هَذَا البَابِ، كَمَا فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ وَكَمَا فِي الِاسْتِيفَاءِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّ الخُصُومَةَ شَرْطٌ مَحْضٌ، لِأَنَّ الوُجُوبَ مُضَافٌ إِلَى الجِنَايَةِ، وَالظُّهُورَ إِلَى الشَّهَادَةِ، فَيَجْرِي فِيهِ التَّوْكِيلُ كَمَا فِي سَائِرِ الحُقُوقِ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ: التَّوْكِيلُ بِالجَوَابِ مِن جَانِبِ مَنْ عَلَيْهِ الحَدُّ وَالقِصَاصُ.

الثلاثة، وعلى قول أبي يوسف لا يجوز التوكيل بذلك، وعلى هذا الخلاف إثبات حد السرقة والقذف.

(له) أي: لأبي يوسف؛ أن الوكيل بمنزلة البدل عن الموكل، ولا مدخل للأبدال فيها، ولهذا لا تثبت بالشهادة على الشهادة، وبكتاب القاضي إلى القاضي، وبشهادة النساء مع الرجال، وبالإشارة من الأخرس التي هي بدل من العبارة، ولأن المقصود من الإثبات الاستيفاء، فإذا لم يصح التوكيل بالاستيفاء فلا يصح التوكيل بالإثبات أيضًا، وهذا حجة على أبي حنيفة ومحمد، لا على الأئمة الثلاثة.

وقلنا: إنه وكله بما يملك مباشرته، وهي الخصومة، فصح توكيله، وما يثبته ليس بحد ولا قصاص، ولا يضاف إليه الحد؛ لأن وجوب الحد مضاف إلى الجناية، وظهوره مضاف إلى الشهادة، والخصومة شرط محض لا أثر لها في الوجوب والظهور، والحكم لا يضاف إلى الشرط المحض.

قوله: (وقول محمد مع قول أبي حنيفة) وهو الأظهر.

قوله: (لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل) إذا لم يكن فيه عهدة على الوكيل، كما مر في النكاح.

قوله: (من جانب من عليه الحد) يعني إذا وكل المطلوب بالقصاص أو القذف وكيلًا بالخصومة في دفع ما يطالب [٢/ ٢٢٣/ب] به.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

وَكَلَامُ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِيهِ أَظْهَرُ، لِأَنَّ الشُّبْهَةَ لَا تَمْنَعُ الدَّفْعَ، غَيْرَ أَنَّ إِقْرَارَ الوَكِيلِ غَيْرُ مَقْبُولٍ عَلَيْهِ لِمَا فِيهِ مِن شُبْهَةِ عَدَمِ الأَمْرِ بِهِ.

(وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِالخُصُومَةِ إِلَّا بِرِضَا الخَصْمِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ

قوله: (وكلام أبي حنيفة) أي: في التوكيل من جانب من عليه الحد (أظهر) لأن التوكيل وقع هنا بدفع دعوى القصاص، والحدود دَفْعُها يثبت مع الشبهات، حتى يثبتُ العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة، وبشهادة النساء مع الرجال.

قوله: (لما فيه) أي: في الإقرار (شبهة عدم الأمر به) أي: بالإقرار، يعني لو حملنا التوكيل على الجواب فيجب أن يصح إقراره على الموكل.

وفي المبسوط[1]: لو أقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله يصح قياسًا؛ لأنه قام مقام الموكل كما في سائر الحقوق.

وفي الاستحسان لا يجوز؛ لأنَّا [حملنا][2] التوكيل على الجواب؛ لأن جواب الخصم من الخصومة، ولكن هذا نوع مجاز، وفي الحقيقةِ الإقرارُ ضدُّ الخصومة، فيصير ذلك شبهة فيما يَنْدَرِئُ بالشبهات لا فيما يثبت الشبهات.

ولو وكل بإثبات المال دون طلب الحد في السرقة يجوز بلا خلاف؛ لأن المقصود المال.

وفي الكافي: ولا يجوز التوكيل بإثبات حد الزنا وشرب الخمر بالاتفاق؛ لأنه لا حق لأحد فيه، وإنما تقام البينة على وجه الحسبة، فإذا كان أجنبيًّا عنه لا يصح توكيله إياه.

قوله: (إلا برضا الخصم) سواء كان التوكيل من جانب المدعي أو من جانب المدعى عليه، ويستوي عنده الموكل إذا كان رجلًا أو امرأة، بكرًا كان أو ثيبًا.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/١٠٦).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الْمُوَكِّلُ مَرِيضًا أَوْ غَائِبًا مَسِيرَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا. وَقَالَا: يَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِغَيْرِ رِضَا الْخَصْمِ(*) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَلَا خِلَافَ فِي الْجَوَازِ إِنَّمَا الْخِلَافُ فِي اللُّزُومِ.

لَهُمَا: أَنَّ التَّوْكِيلَ تَصَرُّفٌ فِي خَالِصِ حَقِّهِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى رِضَا غَيْرِهِ كَالتَّوْكِيلِ بِتَقَاضِي الدُّيُونِ.

قوله: (وهو) [أي][1]: قول أبي يوسف ومحمد **(قول الشافعي)**[2] وبه قال مالك[3] وأحمد[4].

وفي فتاوى قاضي خان[5]: كان أبو يوسف أولًا يقول: لا تقبل الوكالة بغير رضا الخصم من الرجال، وتقبل من النساء، ثم رجع وقال: تقبل من الرجال والنساء، ويستوي فيه الوضيع والشريف، وهو قول محمد والشافعي، وبه أخذ الصفار.

وقال الإمام السرخسي: إذ علم القاضي التعنت من المدعي في إباء التوكيل يقبل التوكيل بغير رضاه، وهو الصحيح عندي، وإن علم القصد إلى الإضرار من الموكل بالمدعي ليشتغل الوكيل بالحيل والأباطيل والتلبيس لا يقبل.

قوله: (ولا خلاف في الجواز، وإنما الخلاف في اللزوم)، يعني هل تَرْتَدُّ الوكالة بِرَدِّ الخصم أم لا؟ عنده ترتد، خلافًا لهما.

وفي فتاوى العتابي: بغير رضا الخصم لا يجوز، معناه: لا يجبر خصمه على قبول الوكالة وهو المختار، ويستوي فيه الوضيع والشريف، فكان معنى قوله: **(لا يجوز)**[6]: لا يلزم.

قوله: (في خالص حقه) أي: حق الموكل، وهذا لأنه وكله إما بالجواب أو بالخصومة، وكلاهما حق الموكل، فإن الخصومة من خالص حق الموكل، حتى لا يجبرُ المدعي على الخصومة، وكذا الجواب؛ لأنه إما إنكار أو إقرار، كما

(*) الراجح: قول الصاحبين.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) انظر: حلية العلماء للشاشي (٥/ ١٢٣).

(٣) انظر: الذخيرة للقرافي (٨/ ٥)، ومواهب الجليل للحطاب (٥/ ١٨٤).

(٤) انظر: المغني لابن قدامة (٥/ ٦٥)، والشرح الكبير لشمس الدين بن قدامة (٥/ ٢٠٦).

(٥) فتاوى قاضي خان (٣/ ٣).

(٦) انظر المتن ص ٦٤١.

وَلَهُ: أَنَّ الجَوَابَ مُسْتَحَقٌّ عَلَى الخَصْمِ، وَلِهَذَا يَسْتَحْضِرُهُ، وَالنَّاسُ مُتَفَاوِتُونَ فِي الخُصُومَةِ، فَلَوْ قُلْنَا بِلُزُومِهِ يَتَضَرَّرُ بِهِ، فَيَتَوَقَّفُ عَلَى رِضَاهُ كَالعَبْدِ المُشْتَرَكِ إِذَا كَاتَبَهُ أَحَدُهُمَا يَتَخَيَّرُ الآخَرُ، بِخِلَافِ المَرِيضِ وَالمُسَافِرِ، لِأَنَّ الجَوَابَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهِمَا هُنَالِكَ، ثُمَّ كَمَا يَلْزَمُ التَّوْكِيلُ عِنْدَهُ مِن المُسَافِرِ يَلْزَمُ إذَا أَرَادَ السَّفَرَ ....

في استيفاء الدين وإيفائه، وقبضه وتقاضيه.

(وله) أي: ولأبي حنيفة أنه قصد بهذا التوكيل الإضرار بخصمه فيما هو مستحق عليه، وهو الجواب، فلا يملكه إلا برضاه، كالحوالة بالدين، وهذا لأن الحضور والجواب مستحق عليه، بدليل أن القاضي يقطعه عن أشغاله، ويحضره ليجيب خصمه، والناس يتفاوتون في هذا الجواب، فرب إنكار يكون أشد دفعًا للمدعي من إنكار.

والظاهر أن الموكل إنما يقصد بهذا التوكيل أن يشتغل الوكيل بالحيل؛ ليدفع الخصم عن الموكل، وفيه إضرار بالخصم، نعم توكيل بما هو خالص حقه، لكن لما كان يتصل به ضرر الغير لا يملكه بلا رضاه، كمن استأجر دابة بركوبه، أو ثوبًا للبسه ـ لا يملك أن يؤجره لغيره وإن كان يتصرف في ملكه، وهو المنفعة، لكن يتصل به ضرر بملك الغير، وهو العين؛ لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس.

وكأحد شريكي العبد إذا كاتبه كان للآخر فسخه، وإن حصل تصرفه في خالص ملكه؛ لأن الآخر يتضرر به، بخلاف التوكيل بالقبض والإيفاء، فإن الحق معلوم الحقيقة، فلا يتصل بهذا التوكيل ضرر بالآخر، وكذا التقاضي له حد معلوم يمنع الوكيل عن مجاوزته، فلا يتضرر به الخصم، فأما الخصومة فليس لها حد معلوم يعرف ذلك، حتى يمنع الوكيل عن محاورته، وبعضهم أَلْحَنُ بحُجَّتِه، فيحتال في الإثبات، فيتضرر الخصم، فيشترط رضاه.

قوله: (ولهذا يستحضره) أي: للمدعي ولاية إحضار المدعى عليه إلى مجلس القاضي، يعلم أن الجواب مستحق عليه.

قوله: (غير مستحق عليهما) أي: غير واجب على المسافر والمريض؛

لِتَحَقُّقِ الضَّرُورَةِ، وَلَوْ كَانَت المَرْأَةُ مُخَدَّرَةً لَمْ تَجْرِ عَادَتُهَا بِالبُرُوزِ وَحُضُورِ مَجْلِسِ الحُكْمِ، قَالَ الرَّازِيّ ﷺ: يَلْزَمُ التَّوْكِيلُ، لِأَنَّهَا لَوْ حَضَرَتْ لَا يُمْكِنُهَا أَنْ تَنْطِقَ بِحَقِّهَا لِحَيَائِهَا فَيَلْزَمُ تَوْكِيلُهَا. قَالَ: ....

لعجز المسافر لغيبته، وعجز المريض لمرضه، فلا يملك الخصم إحضارهما [٢/ ٢٢٤/أ] لعجزهما، فلا يكون في التوكيل إسقاط حق مستحق.

وفي فتاوى قاضي خان[١]: ثم المريض إذا كان لا يستطيع أن يمشي على قدميه، ولكن يمكنه بركوب الدابة، أو أيدي الناس، فإن ازداد مرضه بالركوب صح توكيله بغير رضا الخصم، وإن كان لا يزداد؛ اختلفوا فيه، قيل: على الخلاف أيضًا، وقيل: له أن يوكل بغير رضاه، وهو الصحيح.

قوله: (لتحقق الضرورة) إذ لو لم يجز يلحقه الحرج بالانقطاع عن مصالحه.

وفي فتاوى قاضي[٢]: لكن لا يصدق أنه يريد السفر، ولكن القاضي ينظر إلى زيه وعدة سفره، أو يسأل عمن يريد أن يخرج معه، فيسأل عن رفقائه، كما في فسخ الإجارة.

قوله: (ولو كانت المرأة مُخَدَّرَة)، قال البزدوي: المخدرة: هي التي لا يراها غير المحارم من الرجال، أما التي جلست على المنصة فرآها [الأجانب فلا][٣] تكون مخدرة.

فلو وكلت بالخصومة فوجب عليها اليمين، وهي لا تعرف بالخروج ومخالطة الرجال في الحوائج يبعث الحاكم إليها ثلاثة من العدول، ويستحلفها أحدهم ويشهد الآخران على حلفها، وكذا في المريضة إذا وجب عليها يمين؛ لأن النيابة لا تجري في الأيمان، هكذا ذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي، وذكر فيه: وإن كان يبعث إلى المخدرة والمريضة أو إلى المريض خليفة فيفصل الخصومة هنالك يجوز؛ لأن مجلس الخليفة كمجلسه، وإن لم يكن للحاكم أن يستحلف يبعث أمينًا ومعه أمينان يعرفان المريض أو المرأة؛ حتى يمكنهما الشهادة على حلفهما.

---

(١) فتاوى قاضي خان (٣/ ٣).
(٢) فتاوى قاضي خان (٣/ ٣).
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَهَذَا شَيْءٌ اسْتَحْسَنَهُ الْمُتَأَخِّرُونَ.

أما لو أقر المريض أو المرأة بدعوى الخصم شهد الأمينان على ذلك، وقالا للمريض: وكل وكيلًا يحضر مع خصمك مجلس الحكم، فإذا فعل ذلك حضر الشاهدان فشهدا عند القاضي بما أقر، ولو جحد المريض ولم يحلف ونكل، فأمره أيضًا أن يوكل وكيلًا حتى يحضر مجلس القاضي، وشهدا عليه عند القاضي بمحضر من وكيله بنكوله حكم القاضي عليه بالدعوى وألزمه ذلك.

قال شمس الأئمة السرخسي: هذا اختيار صاحب الكتاب، حيث لا يشترط للقضاء بالنكول أن يكون على فور النكول، فأما غيره من المشايخ يشترطون القضاء بالنكول أن يكون على إثر النكول، فكيف يصنع على قولهم؟

اختلفوا؛ قيل: الأمين يحكم عليها بالنكول، ثم ينقل الشاهدان ذلك إلى مجلس القاضي مع وكيلهما، فالقاضي يمضي ذلك، فيكون هذا إمضاء لذلك الحكم.

وقيل: إن القاضي يقول للمدعي أتريد حَكَمًا يحكم بينكما بذلك ثمة؟

فإذا رضي يبعث أمينًا إلى الخصم فيخبره بالحكم، فإذا رضي بحكم الحاكم بينهما؛ فإن كان حكمه شيئًا لا يختلف الفقهاء فيه نفذ، وإن كان فيه اختلاف يتوقف على إمضاء القاضي.

وفي الذخيرة: ومن الأعذار التي توجب لزوم التوكيل بغير رضا الخصم عند أبي حنيفة؛ الحيض في المرأة إذا كان القاضي يقضي في المسجد.

وهذه المسألة على وجهين: إن كانت الحائض طالبة؛ قَبِل منها التوكيل بغير رضا الخصم، وإن كانت مطلوبة؛ إن أخرها الطالب حتى يخرج القاضي من المسجد ـ لا يقبل توكيلها بغير رضا خصمه، وإلا يقبل.

ولو كان الموكل محبوسًا، فهو على وجهين: إن كان محبوسًا في سجن هذا القاضي لا يقبل التوكيل بلا رضا خصمه؛ لأن القاضي يخرجه حتى يخاصم ثم يعيده إلى السجن، وإن كان محبوسًا في سجن الولي، ولا يمكنه الوالي من الخروج يلزمه توكيله بغير رضا خصمه **(وهذا شيء استحسنه المتأخرون)** وألحقوها بالمريضة لعجزها عن الأداء بحجتها لمكان الحياة، واختاروه للفتوى.

قَالَ: (وَمِن شَرْطِ الوَكَالَةِ: أَنْ يَكُونَ المُوَكِّلُ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ وَتَلْزَمُهُ الأَحْكَامُ) لِأَنَّ الوَكِيلَ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ مِن جِهَةِ المُوَكِّلِ، فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ المُوَكِّلُ مَالِكًا لِيُمَلِّكَهُ مَنْ غَيْرَهُ.

(وَ) يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ (الوَكِيلُ مِمَّنْ يَعْقِلُ العَقْدَ ....

قوله: (ممن يملك التصرف) أي: التصرف الذي وكل به.

وفي الذخيرة: هذا القيد وقع على قولهما لا على قول أبي حنيفة، فإن عنده شرط الوكالة كون التوكيل حاصلًا بما يملكه الوكيل، وقد مر.

فإن قيل: يشكل بما لو قال رجل لغيره: خذ عبدي هذا وبعه بعبدٍ، أو قال: اشترِ لي به عبدًا صح التوكيل، وإن لم تصح مباشرة الموكل في مثل هذا التصرف، فإنه من قال لغيره: بعتك هذا العبد، أو قال: اشتريت منك بهذا العبد عبدًا لا يجوز. ذكره في الذخيرة.

قلنا: يملك مباشرة بيع هذا العبد أو شرائه، أما إذا باعه بنفسه لا يجوز؛ لجهالة الثمن أو المبيع جهالةً مُفضِيةً الى المنازعة، أما الجهالة لا تمنع التوكيل؛ لأنه ليس بأمر لازم، والمانع من الصحة المنازعة لا [٢/ ٢٢٤/ب] نفس الجهالة.

ثم إذا صح التوكيل؛ فإن كان قد وكله بالشراء، فاشترى عبدًا بغير عينه لا يجوز، كما لو اشترى الموكل بنفسه، وإن اشترى عبدًا بعينه؛ إن كانت قيمته مثل قيمة هذا العبد أو أقل بقدر العين اليسير يجوز، وإن كان أقل بقدر الغبن الفاحش لا يجوز، وكذا في جانب الوكالة بالبيع. ذكره في الذخيرة.

قوله: (وتلزمه الأحكام)، قيل: هذا احتراز عن الوكيل، فإن الوكيل لا يثبت له حكم تصرفه، حتى [لا][1] يملكُ الوكيلُ بالشراءِ المبيعَ، ولا الوكيلُ بالبيعِ الثمنَ، فلا يصح توكيلُ الوكيلِ غيرَه.

وقيل: احتراز عن الصبي المحجور والعبد المحجور، فإنهما لو اشتريا شيئًا لا يملكانه، فلذلك لم يصح توكيلهما.

قوله: (ممن يعقل العقد)، وفي الذخيرة: يَعرِف أن الشراء جالب للمبيع وسالب للثمن، والبيع على عكسه، ويَعرِف الغبن اليسير من الفاحش.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَيَقْصِدُهُ) لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ المُوَكِّلِ فِي العِبَارَةِ، فَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مِن أَهْلِ العِبَارَةِ حَتَّى لَوْ كَانَ صَبِيًّا لَا يَعْقِلُ أَوْ مَجْنُونًا كَانَ التَّوْكِيلُ بَاطِلًا. (وَإِذَا وَكَّلَ الحُرُّ العَاقِلُ البَالِغُ أَوْ المَأْذُونُ مِثْلَهُمَا جَازَ) لِأَنَّ المُوَكِّلَ مَالِكٌ لِلتَّصَرُّفِ وَالوَكِيلَ مِن أَهْلِ العِبَارَةِ (وَإِنْ وَكَّلَا صَبِيًّا مَحْجُورًا يَعْقِلُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ أَوْ عَبْدًا مَحْجُورًا جَازَ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِمَا الحُقُوقُ وَيَتَعَلَّقُ بِمُوَكِّلِهِمَا) لِأَنَّ الصَّبِيَّ مِن أَهْلِ العِبَارَةِ؛ ....

(ويقصده) أي: يقصد بمباشرة السبب ثبوت الحكم، ولا يكون هازلًا فيه؛ لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة، فلا بد من أن يكون من أهلية العبارة، وأهلية العبارة بالعقل؛ لأن المراد بالكلام ما يكون له صورةٌ ومعنًى، وكل محدث يكون موجودًا بصورته ومعناه، ومعنى الكلام لا يوجد إلا بالعقل والتمييز؛ لأن كلام غير المميز كألحان الطيور.

قوله: (مثلهما جاز) هذا غير منحصر في المثلية في صفة الحرية والرِّقِّيَّة؛ بل يجوز للموكل أن يوكل من فوقه، كتوكيل العبدِ المأذونِ الحرَّ، أو من دونه، كتوكيل الحرِّ العبدَ المأذونَ؛ لأن التعليل بقوله: **(لأن الموكل مالك للتصرف، والوكيل من أهل العبارة)** يشمل الأوجه الثلاثة من المثلية والفوقية والدونية.

قوله: (وإن وكلا صبيا محجورًا) إلى آخره، وعند الشافعي لا يجوز.

ذكر في الوجيز[(١)]: يشترط في الوكيل صحة العبارة، وكذلك التكليف، فلا يصح توكيل الصبي إلا في الإذن، وإيصال الهدية على رأي، وفي العبد المحجور له قولان؛ لأن الوكيل إذا ملك التصرف بنفسه يملكه نيابة عن غيره، وبه قال مالك، وإلا لا ولاية، ذكر في الكتاب **بقوله: (لأن الصبي من أهل العبارة)** وبقولنا: قال أحمد.

قوله: (لا تتعلق الحقوق بهما) كالقاضي وأمينه، إشارة إلى أنهما لو كانا مأذونين تتعلق الحقوق بهما لا بموكلهما، ولكن فيه [تفصيل][(٢)] ذكره في الذخيرة:

الصبي المأذون في التجارة إن كان وكيلًا بالبيع بثمن حالٍّ أو مؤجل لزمه العهدة.

---

(١) انظر: العزيز شرح الوجيز للرافعي (٥/ ٢١٧).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ، وَالعَبْدَ مِن أَهْلِ التَّصَرُّفِ عَلَى نَفْسِهِ مَالِكٌ، لَهُ وَإِنَّمَا لَا يَمْلِكُهُ فِي حَقِّ المَوْلَى، وَالتَّوْكِيلُ لَيْسَ تَصَرُّفًا فِي حَقِّهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ مِنهُمَا التِزَامُ العُهْدَةِ. أَمَّا الصَّبِيُّ لِقُصُورِ أَهْلِيَّتِهِ، وَالعَبْدُ لِحَقِّ سَيِّدِهِ فَتَلْزَمُ المُوَكِّلَ.

وإن كان وكيلًا بالشراء؛ إن كان بالشراء بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياسًا واستحسانًا؛ بل العهدة على الآمر، وذلك لأن ما يلزم من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن؛ لأن الملك لا يفيد للضامن في المشتري[١]؛ بل يلزم مالًا في ذمته استوجبه مثل ذلك على موكله، وهو معنى الكفالة، ولا يلزمه ضمان الكفالة.

وإن كان الشراء بثمن حالٍّ لا تلزمه العهدة قياسًا لا استحسانًا.

وجه الاستحسان: أن ما يلزمه ضمان ثمن؛ لأنه يملك المشترى من حيث الحكم، فإنه يحبسه بالثمن حتى يستوفي من الموكل، كما لو اشترى لنفسه ثم باع منه.

والصبي المأذون من أهل أن يلزم ضمان الثمن، بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلًا، فإنه لا يملك حقيقة ولا حكمًا؛ لأنه لا يملك حبسه بذلك، فكان ضمان كفالة من حيث المعنى.

وفي الكافي: فإن كانا مأذونين في التجارة لزمهما الثمن، ورجعا به على الآمر استحسانًا.

ثم ذكر في جامع قاضي خان والمبسوط: أن العبد المحجور إذا أعتق تلزمه العهدة، والصبي المحجور إذا أعتق[٢] لا تلزمه العهدة؛ لأن قول العبد ملزم في حق نفسه لكونه مخاطبًا، وإنما لا تلزمه العهدة لحق المولى، وقد سقط بالعتق، أما قول الصبي فليس بملزم في حقه نفسه، فلا تلزمه العهدة بعد البلوغ.

---

(١) كذا في الأصل، وسقط هذا الموضع من النسخة الثانية، وفي العناية للبابرتي (٧/ ٥١٤): (لأن ضمان الثمن لا يفيد الملك للضامن في المشترى).

(٢) كذا في الأصل: (إذا أعتق)، وفي المبسوط (١٩/ ٤٥): (إذا بلغ)، وهو أشبه.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ: أَنَّ المُشْتَرِيَ إذَا لَمْ يَعْلَمْ بِحَالِ البَائِعِ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ لَهُ خِيَارُ الفَسْخِ، لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي العَقْدِ عَلَى أَنَّ حُقُوقَهُ تَتَعَلَّقُ بِالعَاقِدِ، فَإِذَا ظَهَرَ خِلَافُهُ يَتَخَيَّرُ كَمَا إذَا عَثَرَ عَلَى عَيْبٍ.

قَالَ: (وَالعَقْدُ الَّذِي يَعْقِدُهُ الوُكَلَاءُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: كُلُّ عَقْدٍ يُضِيفُهُ الوَكِيلُ إلَى نَفْسِهِ كَالبَيْعِ وَالإِجَارَةِ، فَحُقُوقُهُ تَتَعَلَّقُ بِالوَكِيلِ دُونَ المُوَكِّلِ).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: تَتَعَلَّقُ بِالمُوَكِّلِ؛ لِأَنَّ الحُقُوقَ تَابِعَةٌ لِحُكْمِ التَّصَرُّفِ، وَالحُكْمُ وَهُوَ المِلْكُ يَتَعَلَّقُ بِالمُوَكِّلِ، فَكَذَا تَوَابِعُهُ وَصَارَ كَالرَّسُولِ وَالوَكِيلِ بِالنِّكَاحِ.

ثم قبضهما الثمن وتسليمهما المبيع يعتبر وإن لم يتعلق بهما الحقوق، ويجيء في فصل الشراء في التوكيل.

وفي المبسوط: إن كان الوكيل مرتدًا جاز بيعه؛ لأنه من أهل عبارة معتبرة، ولكن يتوقف حكم العهدة عند أبي حنيفة؛ فإن أسلم كانت عليه، وإلا على الآمر، وبه قال الشافعي في وجه، وعندهما العهدة عليه على كل حال، وبه قال الشافعي في قول، وهو نظير قولهم في تصرفات المرتد بيعًا وشراءً[١]، وقد مرَّ في السير.

قوله: (**أو مجنون**).

قيل: في حاشية نسخة المصنف (أو محجور) وفي متنها: (**مجنون**) وفي بعض النسخ: (أو عبد محجور) ولهذا قال في الكافي: [٢/٢٢٥/أ] ثم اعلم أنه صبي محجور أو عبد محجور.

قوله: (**عثر على عيب**)، والجامع بينهما عدم الرضا.

قوله: (**فحقوقه تتعلق بالوكيل**)، وعن هذا ذكر في الإيضاح: للوكيل أن يوكل غيره في الحقوق التي يوجبها العقد عليه، ولو وكل الموكل لم يجز؛ لأن الوكيل أصل في الحقوق، فيمتلك التفويض إلى الغير.

قوله: (**وقال الشافعي: تتعلق بالموكل**) وبه قال مالك، وأحمد.

(**وصار كالرسول**) بأن قال لآخر: كن رسولي في بيع عبدي.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/ ٤٥).

وَلَنَا: أَنَّ الوَكِيلَ هُوَ العَاقِدُ حَقِيقَةً؛ لِأَنَّ العَقْدَ يَقُومُ بِالكَلَامِ، وَصِحَّةُ عِبَارَتِهِ لِكَوْنِهِ آدَمِيًّا وَكَذَا حُكْمًا؛ لِأَنَّهُ يَسْتَغْنِي عَنْ إِضَافَةِ العَقْدِ إِلَى المُوَكِّلِ، وَلَوْ كَانَ سَفِيرًا عَنْهُ لَمَا اسْتَغْنَى عَنْ ذَلِكَ كَالرَّسُولِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ أَصِيلًا فِي الحُقُوقِ فَتَتَعَلَّقُ

(**ولنا: أن الوكيل هو العاقد**) إلى آخره، أي: الوكيل أصل في العقد، كما لو عقد لنفسه؛ لأن العقد يقوم بالكلام، وصحة الكلام باعتبار كونه آدميًّا عاقلًا أهلًا للتصرف، فقضيته تستدعي أن يكون الحاصل بالتصرف وأفعاله، غير أن الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نائبًا في حق الحكم، وراعينا الأصل في حق الحقوق، والدليل عليه أنه مستغنٍ عن إضافة العقد إلى الموكل، ولو كان سفيرًا كما زعم الخصم لما استغنى عن ذلك كالرسول، وكالوكيل في النكاح، حتى لو أضاف النكاح إلى نفسه كان العقد له دون الموكل.

وفي التتمة: وحقيقة الفرق أن كل عقد يجوز أن ينتقل موجبه من شخص إلى شخص فالوكيل فيه كالعاقد لنفسه، وكل عقد لا يجوز أن ينتقل منه فالوكيل فيه سفير، فموجب النكاح تملك البضع، وهو لا يحتمل النقل، وموجب الشراء ملك الرقبة، وهو يحتمل النقل منه، فيجعل كأن الوكيل يملكه بالشراء، ثم ملكه من الموكل، هذا على طريقة الكرخي حيث يقول: بأن الملك يقع أولًا للوكيل ثم ينتقل عنه، أما على طريقة أبي طاهر الدباس: الملك يقع للموكل، ولكن يعقد الوكيل على سبيل الخلافة عنه، وملك النكاح لا يحتمل هذه الخلافة، وملك المال يحتمل، ألا ترى أن بعقدِ العبدِ الملكُ لمولاه، وبعقدِ المورثِ الملكُ لوارثه بعد موته، فلهذا كان الوكيل بمنزلة العاقد لنفسه في الحقوق.

وقال شمس الأئمة السرخسي: قول أبي طاهر أصح، ولهذا لو كان المشترى منكوحة الوكيل أو قريبة لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه.

وذكر الصدر الشهيد أن القاضي أبا زيد خالفهما، وقال: الوكيل نائب في حق الحكم أصيل في حق الحقوق، فإن الحقوق تثبت له ثم تنتقل إلى الموكل، فوافق الكرخي في حق الحقوق، وأبا طاهر في حق الحكم، وهذا حسن، وهكذا ذكر في الإيضاح.

بِهِ، وَلِهَذَا قَالَ فِي الكِتَابِ (يُسَلِّمُ المَبِيعَ وَيَقْبِضُ الثَّمَنَ وَيُطَالِبُ بِالثَّمَنِ إِذَا اشْتَرَى، وَيَقْبِضُ المَبِيعَ وَيُخَاصِمُ فِي العَيْبِ وَيُخَاصَمُ فِيهِ)؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِن الحُقُوقِ وَالمِلْكُ يَثْبُتُ لِلْمُوَكِّلِ خِلَافَةً عَنْهُ، اعْتِبَارًا لِلتَّوْكِيلِ السَّابِقِ كَالعَبْدِ يَتَّهِبُ وَيَصْطَادُ وَيَحْتَطِبُ هُوَ الصَّحِيحُ. قَالَ العَبْدُ الضَّعِيفُ: وَفِي مَسْأَلَةِ العَيْبِ تَفْصِيلٌ نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَالَ: (وَكُلُّ عَقْدٍ يُضِيفُهُ إِلَى مُوَكِّلِهِ كَالنِّكَاحِ وَالخُلْعِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ العَمْدِ، فَإِنَّ حُقُوقَهُ تَتَعَلَّقُ بِالمُوَكِّلِ دُونَ الوَكِيلِ، فَلَا يُطَالَبُ وَكِيلُ الزَّوْجِ بِالمَهْرِ، وَلَا يَلْزَمُ وَكِيلَ المَرْأَةِ تَسْلِيمُهَا)؛ لِأَنَّ الوَكِيلَ فِيهَا سَفِيرٌ مَحْضٌ؛ أَلَا يُرَى أَنَّهُ لَا يُسْتَغْنَى عَنْ إِضَافَةِ العَقْدِ إِلَى المُوَكِّلِ، وَلَوْ أَضَافَهُ إِلَى نَفْسِهِ كَانَ النِّكَاحُ لَهُ فَصَارَ كَالرَّسُولِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الحُكْمَ فِيهَا ....

قوله: (ولهذا قال) أي: محمد **(في الكتاب)** أي: الجامع الصغير أو المبسوط.

وقوله: **(والملك يثبت فيه خلافة)** جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال: لما ثبت الملك للموكل ينبغي أن تثبت الحقوق له كما قال الشافعي، فأجاب عنه بهذا، وقال: نعم يثبت له ابتداء؛ لكن بطريق الخلافة عن الوكيل لا أصالة، فكان الوكيل أصلًا في الحقوق، فلذا تضاف الحقوق إلى الوكيل.

وفي المبسوط[1]: الموكل خلف عن الوكيل في حق الملك، كالعبد يقبل الهبة يثبت الملك للمولى ابتداء.

(هو الصحيح) وهو احتراز عن قول الكرخي، وقوله كما ذكرنا.

قوله: (وفي مسألة العيب تفصيل نذكره) أي: في باب الوكالة بالبيع والشراء في قوله: (وإذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب) إلى آخره.

قوله: (لأن الوكيل فيها سفير محض) والسفير هو الذي يحكي عن الغير، ومن حكى حكاية الغير لا يلزم عليه حكم قول الغير، كما لو حكى قذف الغير لا يكون قاذفًا، ومن حكى كفر الغير لا يكفر.

قوله: (فصار كالرسول) أي: في باب البيع **(لأن الحكم فيها)** أي: في هذه

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٢٠٤).

لَا يَقْبَلُ الفَصْلَ عَنْ السَّبَبِ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ فَيَتَلَاشَى فَلَا يُتَصَوَّرُ صُدُورُهُ مِن شَخْصٍ وَثُبُوتُ حُكْمِهِ لِغَيْرِهِ فَكَانَ سَفِيرًا.

وَالضَّرْبُ الثَّانِي مِن أَخَوَاتِهِ العِتْقُ عَلَى مَالٍ، وَالكِتَابَةُ وَالصُّلْحُ عَلَى الإِنْكَارِ. فَأَمَّا الصُّلْحُ الَّذِي هُوَ جَارٍ مَجْرَى البَيْعِ فَهُوَ مِن الضَّرْبِ الأَوَّلِ، وَالوَكِيلُ بِالهِبَةِ وَالتَّصَدُّقِ وَالإِعَارَةِ وَالإِيدَاعِ وَالرَّهْنِ وَالإِقْرَاضِ سَفِيرٌ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الحُكْمَ فِيمَا يَثْبُتُ بِالقَبْضِ، وَأَنَّهُ يُلَاقِي مَحَلًّا مَمْلُوكًا لِلْغَيْرِ فَلَا يُجْعَلُ أَصِيلًا، ....

العقود، وهي النكاح وأمثاله (**لا يقبل الفصل عن السبب**) ولهذا لم يدخل فيها خيار الشرط؛ لأنها من قبيل الإسقاطات، فلا تقبل تراخي الحكم بالخيار وغيره، أما غير النكاح فظاهر، وكذا النكاح؛ لأنه مسقط لمعنى المالكية الذي كان ثابتًا للحرة بطريق الأصالة؛ إذ الحرية تستدعي انتفاء ورود الملك عليها، إلا أن الشارع أثبت نوع تملك عليها بالنكاح تحقيقًا لمعنى النسل. كذا نقل عن العلامة شمس الأئمة الكردري، أو لأن الإيضاع الحرمة، فكان النكاح إسقاطًا للحرمة نظرًا إلى الأصل.

وفي الكافي: وإنما يثبت الملك عليها ضرورة التمكن من الوطء، ولهذا لا يظهر في حق الفسخ والتمليك من الغير، ففيما وراء ذلك هو إسقاط جريًا على الأصل؛ لأن الحرية تنافي الملك.

قوله: (**فلا يتصور صدوره**) أي: صدور السبب بطريق الأصالة (**من شخص وثبوت حكمه لغيره سفيرًا**) بخلاف البيع، فإن حكمه يقبل الفصل عن السبب، كما في البيع بشرط الخيار، فجاز أن يصدر [٢/ ٢٢٥/ ب] السبب من شخص أصالة ويقع الحكم لغيره خلافة، وقيدنا بقوله: أصالة؛ إذ السبب يصدر من الوكيل نيابة في النكاح.

قوله: (**من أخواته العتق**) أي: من أخوات الضرب الثاني العتقُ.

(**لأن الحكم فيما**) أي: في العقود المذكورة (**يثبت بالقبض، وأنه**) أي: القبض (**يلاقي محلًّا مملوكًا للغير**).

وفي الإيضاح: وكل غيره أن يهب عبده لفلان، أو يتصدق به عليه، أو

وَكَذَا إِذَا كَانَ الوَكِيلُ مِن جَانِبِ المُلْتَمِسِ، وَكَذَا الشَّرِكَةُ وَالمُضَارَبَةُ، إِلَّا أَنَّ التَّوْكِيلَ بِالِاسْتِقْرَاضِ بَاطِلٌ حَتَّى لَا يَثْبُتَ المِلْكُ لِلْمُوَكِّلِ بِخِلَافِ الرِّسَالَةِ فِيهِ.

يعيره، أو يودعه، أو يرهنه، فقبض الوكيل وفعل ما أمر به، فهو جائز على الموكل، وليس للوكيل المطالبة برد شيء من ذلك إلى يده، ولا أن يقبض الوديعة والعارية والرهن والقرض ممن عليه؛ لأن أحكام هذه العقود إنما تثبت بالقبض، فلا يجوز أن يكون الوكيل فيه أصيلًا، إلا أنه أجنبي عن المحل الذي يلاقيه القبض، فكان سفيرًا ومعبرًا عن المالك، فأما التصرفات التي تقوم بالقبول، ولا تتوقف على القبض، فالوكيل يجب أن يكون أصيلًا فيه؛ لأنه أصل في التكلم، فكلامه مملوك له، إلا أنا فصلنا بين الحكم والحقوق فأظهر ناقضية[1] الولاية الأصلية، فيما يرجع إلى الحقوق، وفي هذه العقود وإن كانت تقوم باللفظ؛ لكن الحكم لا يتأتى إلا بالقبض، والقبض تصرف في المحل ولا ملك له فيه، فلا يمكن أن يجعل أصلًا بوجه ما.

قوله: (وكذا إذا كان جانب الملتمس) يعني لو كانت هذه الوكالة من الملتمس لذلك، نحو أن وكله بالاستعارة أو الارتهان أو الاستيهاب، فالحكم والحقوق كلها تتعلق بالموكل.

قوله: (وكذا الشركة والمضاربة) أي: الوكالة بالشرك والمضاربة، يعني الوكيل فيهما يضيف العقد إلى الموكل لا إلى نفسه، **(إلا أن التوكيل بالاستقراض باطل)**، وقد ذكرنا وجهه.

(بخلاف الرسالة فيه) أي: تصح الرسالة في الاستقراض بأن يقول: أرسلني فلان إليك ويستقرض منك، ويثبت الملك للمستقرض.

وفي الكافي: كان التوكيل بالاستقراض قياس التوكيل بالتكدي؛ لأن المستقرض يستلزم بدل القرض في ذمته، ولو قال: بع شيئًا من مالك على أن يكون ثمنه لي لا يصح، فكذا إذا قال: التزم عشرة في ذمتك على أن يكون عوضه لي، فكان كالتوكيل بالتكدي فكان باطلًا، وما استقرض كان للوكيل، وله أن يمنعها من الآمر ولو هلك من ماله.

---

(١) في النسخة الثانية: (بين الحكم والعقوبة فأظهر ناقصة).

قَالَ: (وَإِذَا طَالَبَ المُوَكِّلُ المُشْتَرِيَ بِالثَّمَنِ، فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَهُ إِيَّاهُ)؛ لِأَنَّهُ أَجْنَبِيٌّ عَنْ العَقْدِ وَحُقُوقِهِ لِمَا أَنَّ الحُقُوقَ إِلَى العَاقِدِ (فَإِنْ دَفَعَهُ إِلَيْهِ جَازَ وَلَمْ يَكُنْ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِهِ ثَانِيًا)؛ لِأَنَّ نَفْسَ الثَّمَنِ المَقْبُوضِ حَقُّهُ وَقَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ، وَلَا فَائِدَةَ فِي الأَخْذِ مِنْهُ ثُمَّ الدَّفْعِ إِلَيْهِ، وَلِهَذَا لَوْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي عَلَى المُوَكِّلِ دَيْنٌ يَقَعُ المُقَاصَّةُ، وَلَوْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ يَقَعُ المُقَاصَّةُ بِدَيْنِ المُوَكِّلِ أَيْضًا دُونَ دَيْنِ الوَكِيلِ، وَبِدَيْنِ الوَكِيلِ إِذَا كَانَ وَحْدَهُ إِنْ كَانَ يَقَعُ المُقَاصَّةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ(*) رَحِمَهُمَا اللَّهُ، لِمَا أَنَّهُ يَمْلِكُ الإِبْرَاءَ عَنْهُ عِنْدَهُمَا، ....

قوله: (فله أن يمنعه) خلافًا للأئمة الثلاثة؛ لما أن الحقوق ترجع إلى الموكل عندهم.

قوله: (فإن دفعه) أي: الثمن (إليه جاز) بخلاف الوكيل في بيع الصرف، فإن هناك لو قبض الموكل بدل الصرف لا يجوز؛ لأن بيع الصرف يتعلق بالقبض، فكان القبض فيه بمنزلة الإيجاب والقبول، ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لا يجوز، فكذا إذا ثبت له حق القبض وقبض الموكل لا يجوز، فأما قبض الثمن في عين الصرف فليس بمنزلة الإيجاب والقبول؛ لما أن نفس الثمن المقبوض حق الموكل، وقد وصل إليه فيجوز، إليه أشار في الذخيرة.

ونقل من مختلف الرواية أن المشتري من الوصي لو دفع الثمن إلى الصبي فللوصي أن يرجع إلى المشتري.

قوله: (ولو كان له) أي: للمشتري (عليهما) أي: على الموكل والوكيل (دين تقع المُقاصَّة بدين الموكل لا الوكيل) لأن المقاصة إبراء بعوض، فتعتبر بالإبراء بغير عوض.

ولو أبرأ المشتري عن الثمن وخرج الكلامان معًا، فالمشتري يبرأ ببراءة الآمر لا ببراءة المأمور، حتى لا يرجع الآمر على المأمور بشيء، فكذا هاهنا، ولأنا لو جعلنا قصاصًا بدين الوكيل احتجنا إلى قضاء آخر، فإن الوكيل يقضي

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

وَلَكِنَّهُ يَضْمَنُهُ لِلْمُوَكِّلِ فِي الفَصْلَيْنِ.

للموكل، ولو جعلنا قصاصًا بدين الموكل لا نحتاج إلى قضاء آخر، فجعلنا قصاصًا بدين الموكل قصرًا للمسافة.

ولأنا لو جعلنا قصاصًا بدين الموكل فقد أثبتنا حكمًا مجمعًا عليه، فإن الموكل يملك إسقاط الثمن بالإجماع، ولو جعلنا قصاصًا بدين الوكيل أثبتنا حكمًا مختلفًا، فكان ما قلنا أولى. كذا ذكره شيخ الإسلام.

وفي الذخيرة والتتمة: ما ذكره شيخ الإسلام يصير حيلة في موضعين:

فيما إذا كان لرجل على آخر دين ولا يؤديه، فيتوكل الدائن عن الغير(١) في شراء عين من مديونه، فإذا اشترى تقع المقاصة بين دين الوكيل على البائع وبين دين وجب للبائع على الوكيل، ثم الوكيل يأخذ الثمن من موكله.

والثاني: أن يوكل رب الدين غيره بالشراء من المديون، فتقع المقاصة بين دين الموكل وبين ما وجب على الوكيل.

قوله: (ولكنه يضمنه) أي: لكن الوكيل يضمن الثمن **(في الفصلين)** [٢/ ٢٢٦/أ] أي: في فصل الإبراء وفصل المقاصة.

ولا يقال: ينبغي ألا يجوز من الوكيل بالبيع مثل هذا البيع الذي يوجب المقاصة بدين الموكل؛ لأنه خالف الموكل؛ لأنه وكله ببيع فصل الثمن إليه، وهاهنا لا يصل، فإذا خالف ينبغي ألا يجوز هذا البيع.

لأنا نقول: وصل إليه الثمن قبل البيع؛ لأنه بالبيع صار دينه قصاصًا بدين الآمر بالإجماع. كذا في الذخيرة.

وفي المبسوط(٢): قال أبو يوسف: لا يجوز إبراء الوكيل للمشتري عن الثمن؛ لأنه تصرف في ملك الغير، وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ إذ الثمن ملك الموكل، ولهما: الإبراء إسقاط بحق القبض، والقبض خالص حق الوكيل، حتى لا يمنعه الموكل عن ذلك، وبه قال الشافعي في وجه، وأحمد في رواية.

---

(١) في النسخة الثانية: (الصغير).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٩/ ٣٥).

بَابُ الوَكَالَةِ فِي البَيْعِ وَالشِّرَاءِ

فَصْلٌ فِي الشِّرَاءِ

قَالَ: (وَمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ، فَلَا بُدَّ مِن تَسْمِيَةِ جِنْسِهِ وَصِفَتِهِ، أَوْ جِنْسِهِ وَمَبْلَغِ ثَمَنِهِ) لِيَصِيرَ الفِعْلُ المُوَكَّلُ بِهِ مَعْلُومًا فَيُمْكِنُهُ الِائْتِمَارُ، (إِلَّا أَنْ يُوَكِّلَهُ وَكَالَةً عَامَّةً فَيَقُولَ: ابْتَعْ لِي مَا رَأَيْتَ)؛ لِأَنَّهُ فَوَّضَ الأَمْرَ إِلَى رَأْيِهِ، فَأَيُّ شَيْءٍ يَشْتَرِيهِ يَكُونُ مُمْتَثِلًا. وَالأَصْلُ فِيهِ: أَنَّ الجَهَالَةَ اليَسِيرَةَ تَتَحَمَّلُ فِي الوَكَالَةِ كَجَهَالَةِ الوَصْفِ

بَابُ الْوَكَالَةِ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ

فَصْلٌ فِي الشِّرَاءِ

لما شرع في أبواب الوكالات قدم ما هو أكثر وقوعًا، ثم قدم فصل الشراء على البيع؛ لأن الشراء ينبني عن الإثبات، والبيع عن الإزالة، والإزالة بعد الإثبات، أو الشراء يتحقق بالموجود والمعدوم، والبيع لا يتحقق إلا في الموجود.

قوله: (بشراء شيء) أي: غير معين؛ لأن في المعين لا يحتاج إلى تسمية الجنس والصفة **(فلا بد من تسمية جنسه)** كالعبد والجارية؛ إذ العبد جنس بلسان الشرع، وكذا الجارية؛ باعتبار اختلاف الأحكام.

(وصفته) أي: نوعه، كالتركي والهندي، ولا خلاف فيه للفقهاء.

(أو جنسه) أي: تسمية جنسه.

(ومبلغ ثمنه) وبه قال الشافعي في وجه، وأحمد في رواية، وقال في وجه: لا يصح حتى يذكر نوعه، وبه قال أحمد في رواية؛ لكثرة التفاوت في الجنس بدون الصفة، وعند مالك: الشرط أن يكون معلومًا في الجملة.

قوله: (يكون ممتثلًا) وفيه خلاف أحمد، فإنه يقول: لا تصح هذه الوكالة العامة؛ لأنه قد يشتري شيئًا لا يقدر على ثمنه، وقلنا: القدرة على أداء الثمن ما هو من شرط صحة العقد إذا اشترى بنفسه، فكذا في الوكالة.

قوله: (والأصل) إلى آخره، في الكافي: الجهالة ثلاثة أنواع:

فاحشة، وهي جهالة الجنس، كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق، وهي تمنعه صحة الوكالة وإن بين الثمن؛ لأن الوكيل لا يقدر على الامتثال.

اسْتِحْسَانًا، لِأَنَّ مَبْنَى التَّوْكِيلِ عَلَى التَّوَسُّعَةِ؛ لِأَنَّهُ اسْتِعَانَةٌ. وَفِي اعْتِبَارِ هَذَا الشَّرْطِ بَعْضُ الحَرَجِ وَهُوَ مَدْفُوعٌ (ثُمَّ إِنْ كَانَ اللَّفْظُ يَجْمَعُ أَجْنَاسًا، أَوْ مَا هُوَ فِي مَعْنَى الأَجْنَاسِ، لَا يَصِحُّ التَّوْكِيلُ وَإِنْ بَيَّنَ الثَّمَنَ)؛ لِأَنَّ بِذَلِكَ الثَّمَنِ يُوجَدُ مِن كُلِّ جِنْسٍ،

ويسيرة، وهي جهالة النوع، كالتوكيل بشراء الحمار والفرس والبغل والثوب الهروي والمروي، فإنها لا تمنع صحة الوكالة، وإن لم يبين الثمن.

وقال بشر المَرِيسِيُّ: لا تصح الوكالة، وبه قال الشافعي في وجه، وأحمد في رواية؛ لأن التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء، فلا يصح إلا ببيان وصف المعقود عليه.

ولنا: أنه ﷺ «**وكَّل حَكِيم بنَ حزام بشراءِ شاةٍ للأضْحيةِ**»[1]، ولأن مبنى الوكالة على التوسع، فَتُحُمِّلَ فيها جهالةٌ يسيرة استحسانًا؛ إذ في اشتراط بيان الوصف بعض الحرج، فسقط اعتباره.

وجهالة متوسطة، وهي بين النوع والجنس، كالتوكيل بشراء عبد أو أمة أو دار، فإن بيَّن الثمن أو النوع يصح، ويجعل ملحقًا بالجهالة اليسيرة، وإن لم يبين الثمن أو النوع، كالتركي والهندي لا يصح، ويلحق بالجهالة الفاحشة؛ لأنه يمنع الامتثال، وهكذا ذكر في المباسيط والجوامع.

وفي المبسوط[2]: وكان بشر يأخذ بالقياس إلى أن نزل به ضيف، فدفع درهمًا إلى إنسان ليأتي بالرؤوس المشوية، فجعل يصفها، فعجز عن إعلامه بالصفة، فقال له: اصنع ما بدا لك، فذهب الرجل واشترى وحملها إلى عياله، وعاد إلى بشر بعد أكلها، فقال له بشر: أين ما قلتُ لك؟ قال: قلتَ لي: اصنع ما بدا لك، وقد بدا لي ما فعلتُ، فرجع عن قوله وأخذ بالاستحسان.

قوله: (يجمع أجناسًا)[3] كالدابة والثوب **(أو ما هو في معنى الأجناس)** كالدار والرقيق.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٥٦ رقم ٣٣٨٦)، والترمذي (٣/ ٥٥٠ رقم ١٢٥٧).
قال الترمذي: لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام.

(٢) المبسوط للسرخسي (١٩/ ٣٩).

(٣) في الأصل: (أجناسها)، والمثبت من النسخة الثانية.

فَلَا يُدْرَى مُرَادُ الآمِرِ لِتَفَاحُشِ الجَهَالَةِ (وَإِنْ كَانَ جِنْسًا يَجْمَعُ أَنْوَاعًا لَا يَصِحُّ إِلَّا بِبَيَانِ الثَّمَنِ أَوْ النَّوْعِ)؛ لِأَنَّهُ بِتَقْدِيرِ الثَّمَنِ يَصِيرُ النَّوْعُ مَعْلُومًا، وَبِذِكْرِ النَّوْعِ تَقِلُّ الجَهَالَةُ فَلَا تَمْنَعُ الِامْتِثَالَ. مِثَالُهُ: إِذَا وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ أَوْ جَارِيَةٍ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ يَشْمَلُ أَنْوَاعًا، فَإِنْ بَيَّنَ النَّوْعَ كَالتُّرْكِيِّ وَالحَبَشِيِّ أَوْ الهِنْدِيِّ أَوْ السِّنْدِيِّ أَوْ المُوَلَّدِ جَازَ، وَكَذَا إِذَا بَيَّنَ الثَّمَنَ لِمَا ذَكَرْنَاهُ، وَلَوْ بَيَّنَ النَّوْعَ أَوْ الثَّمَنَ وَلَمْ يُبَيِّنْ الصِّفَةَ وَالجَوْدَةَ وَالرَّدَاءَةَ وَالسِّطَةَ جَازَ؛ لِأَنَّهُ جَهَالَةٌ مُسْتَدْرَكَةٌ، وَمُرَادُهُ مِن الصِّفَةِ المَذْكُورَةِ فِي الكِتَابِ: النَّوْعُ (وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: اشْتَرِ لِي ثَوْبًا أَوْ دَابَّةً أَوْ دَارًا فَالوَكَالَةُ بَاطِلَةٌ) لِلْجَهَالَةِ الفَاحِشَةِ، فَإِنَّ الدَّابَّةَ فِي حَقِيقَةِ اللُّغَةِ اسْمٌ لِمَا يَدِبُّ عَلَى وَجْهِ الأَرْضِ. وَفِي العُرْفِ: يُطْلَقُ عَلَى الخَيْلِ وَالحِمَارِ وَالبَغْلِ فَقَدْ جَمَعَ أَجْنَاسًا، وَكَذَا الثَّوْبُ؛ لِأَنَّهُ يَتَنَاوَلُ المَلْبُوسَ مِن الأَطْلَسِ إِلَى الكِسَاءِ، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ تَسْمِيَتُهُ مَهْرًا، وَكَذَا الدَّارُ تَشْمَلُ مَا هُوَ فِي مَعْنَى الأَجْنَاسِ؛ لِأَنَّهَا تَخْتَلِفُ

قوله: (المولد).

في المغرب: الذي ولد في [دار](١) الإسلام(٢).

وقيل: العبد الذي تولد بين العرب، ونشأ بين أولادهم.

قوله: (وكذا إذا بَيَّنَ الثمنَ)، وفي الفوائد الشاهية والخبازية: هذا إذا لم يوجد بهذا الثمن من كل نوع، أما إذا وجد لا يجوز عند بعض المشايخ؛ لبقاء الجهالة الفاحشة.

قوله: (والسِّطَة) أي: الوسط، والسطة مع الوسط، كالعدة والوعد، والعظة والوعظ، في أن التاء عَوَّضت في آخرها عن الواو الساقطة من أولها من المصدرِ، والفعلُ [٢/٢٢٦/ب] من حَدِّ (ضرب).

قوله: (فالوكالة باطلة) أي: وإن بين الثمن **(للجهالة الفاحشة)** حتى لو اشترى كان الشراء واقعًا على الوكيل، وبه صرح في نسخ الجوامع.

قوله: (وكذا الدار) أي: لا يصح التوكيل بشراء الدار مطلقًا.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) المغرب في ترتيب المعرب للمُطَرِّزِيّ (ص ٦١).

اخْتِلَافًا فَاحِشًا بِاخْتِلَافِ الأَغْرَاضِ وَالجِيرَانِ وَالمَرَافِقِ وَالمَحَالِّ وَالبُلْدَانِ فَيَتَعَذَّرُ الِامْتِثَالُ، قَالَ: (وَإِنْ سَمَّى ثَمَنَ الدَّارِ وَوَصَفَ جِنْسَ الدَّارِ وَالثَّوْبِ جَازَ) مَعْنَاهُ: نَوْعُهُ، وَكَذَا إِذَا سَمَّى نَوْعَ الدَّابَّةِ بِأَنْ قَالَ: حِمَارًا أَوْ نَحْوَهُ.

قَالَ: (وَمَنْ دَفَعَ إِلَى آخَرَ دَرَاهِمَ وَقَالَ: اشْتَرِ لِي بِهَا طَعَامًا، فَهُوَ عَلَى الحِنْطَةِ وَدَقِيقِهَا) اسْتِحْسَانًا. وَالقِيَاسُ: أَنْ يَكُونَ عَلَى كُلِّ مَطْعُومٍ اعْتِبَارًا لِلْحَقِيقَةِ كَمَا فِي اليَمِينِ عَلَى الأَكْلِ، إِذْ الطَّعَامُ اسْمٌ لِمَا يُطْعَمُ.

قوله: (معناه: نوعه) أي: معنى قوله: **(ووَصَفَ جنسَ...)** وتقييده بذكر نوع الدار مخالف لرواية المبسوط، فإنه قال: وإن سمى ثمن الدار جاز؛ لأن تسمية الثمن صارت معلومة عادة، وبقيت جهالة يسيرة مستدركة، والمتأخرون من مشايخنا قالوا: في ديارنا لا يجوز إلا ببيان المحلة.

قوله: (بأن قال: حمارًا) أي: يصح التوكيل بشراء الحمار وإن لم يبين الثمن، وبه صرح في المبسوط[1]؛ لأن الجنس صار معلومًا بالتسمية، وإنما بقيت الجهالة في الوصف، فتصح الوكالة بدون تسمية الثمن.

فإن قيل: الحمير أنواع، منها ما يركبه العظماء، ومنها ما لا يصلح إلا للحمل.

قلنا: هذا اختلاف الوصف، مع أن ذلك يصير معلومًا بمعرفة حال الموكل، حتى قالوا: إن القاضي أو الوالي لو أمر بشراء حمار ينصرف إلى ما يركب مثله، حتى لو اشتراه مقطوع الذنب أو الأذنيين لا يجوز، بخلاف ما لو أمر الفالَيْرِيُّ[2] بذلك. كذا في المبسوط[3].

قوله: (ومن دفع إلى آخر دراهم، وقال: اشتر لي طعامًا) قيد بالدفع؛ لأنه إذا لم يدفع الدراهم، وقال: اشتر لي حنطة أو شعيرًا لم يجز؛ لأنه لم يبين المقدار، وجهالة القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث إن الوكيل لا يقدر على تحصيله مقصودا للآمر.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/ ٤٠).
(٢) في لسان العرب (٥/ ٦٥): الفلاورة: الصيادلة، فارسي معرب.
(٣) المبسوط للسرخسي (١٩/ ٤٠).

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ العُرْفَ أَمْلَكُ[*] وَهُوَ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ إِذَا ذُكِرَ مَقْرُونًا بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ، وَلَا عُرْفَ فِي الأَكْلِ، فَبَقِيَ عَلَى الوَضْعِ، وَقِيلَ: إِنْ كَثُرَتِ الدَّرَاهِمُ فَعَلَى الحِنْطَةِ، وَإِنْ قَلَّتْ: فَعَلَى الخُبْزِ، وَإِنْ كَانَ فِيمَا بَيْنَ ذَلِكَ فَعَلَى الدَّقِيقِ.

قوله: (أن العرف أملك) أي: أقوى **(وهو)** أي: العرف **(على ما ذكرناه)** أي: العرف يقع على شراء الحنطة ودقيقها في شراء الطعام، وبائع الطعام في الناس يبيع الحنطة ودقيقها لا بائع الفاكهة، فصار التقييد الثابت بالعرف كالثابت بالنص. كذا في المبسوط[1].

(ولا عرف في الأكل فبقي على الوضع).

وقوله: **(وقيل: إن كثرت الدراهم)** إلى آخره، ليس بقول مخالف للأول؛ بل هو داخل في الأول، إليه أشار في المبسوط والذخيرة[2]، حيث قال بعد ذكر ما قلنا: ثم إن قلَّت الدراهم فله أن يشتري بها خبزًا، وإن كثرت لا يشتري الخبز؛ لأن ادخاره غير ممكن.

وفي الذخيرة: ينصرف التوكيل إلى الحنطة استحسانًا، وتحكم الدراهم في تعيين واحد منها، فإن كانت قليلة، بحيث لا يشتري بها إلا الخبز ينصرف إلى الخبز.

ثم قال القدوري: إذا كان الرجل قد اتخذ وليمة يعلم أن مراده الخبز، وإن كثرت الدراهم، فإذا اشترى الخبز في هذه الصورة يجوز على الآمر.

ثم قال: ما ذكره من انصراف الطعام إلى الحنطة ودقيقها عرف أهل الكوفة، فإن سوق الحنطة ودقيقها سوق الطعام عندهم، فأما في عرف غيرهم إلى شراء كل مطعوم، حتى قال مشايخ ما وراء النهر: الطعام في عرف ديارنا ما يمكن أكله من غير إدام كاللحم المطبوخ أو المشوي ونحوه، فينصرف إليه دون الحنطة ودقيقها والخبز، قال الصدر الشهيد: وعليه الفتوى.

(*) الراجح: هو العمل بالعرف.

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/ ٤١).

(٢) بعدها في الأصل: (ثم)، والسياق المثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَإِذَا اشْتَرَى الوَكِيلُ وَقَبَضَ، ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ، فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ بِالعَيْبِ مَا دَامَ المَبِيعُ فِي يَدِهِ)؛ لِأَنَّهُ مِن حُقُوقِ العَقْدِ وَهِيَ كُلُّهَا إِلَيْهِ (فَإِنْ سَلَّمَهُ إِلَى المُوَكِّلِ لَمْ يَرُدَّهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ)؛ لِأَنَّهُ انْتَهَى حُكْمُ الوَكَالَةِ، وَلِأَنَّ فِيهِ إِبْطَالَ يَدِهِ الحَقِيقِيَّةِ فَلَا يَتَمَكَّنُ مِنْهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ، وَلِهَذَا كَانَ خَصْمًا لِمَنْ يَدَّعِي فِي المُشْتَرِي دَعْوَى كَالشَّفِيعِ وَغَيْرِهِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَى المُوَكِّلِ لَا بَعْدَهُ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِعَقْدِ الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ)؛ ....

قوله: (**فله**) أي: للوكيل (**أن يرده بالعيب**) ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة.

(**ولأن فيه**) أي: في الرد بالعيب (**إبطال يده**) أي: يد الموكل (**ولهذا كان**) أي: الوكيل (**خصمًا**).

قوله: (**وغيره**) أي: غير الشفيع، كمن يدعي استحقاق المبيع.

وفي الذخيرة: لو رضي الوكيل بالعيب في هذه الصورة، وأبرأ البائع عنه صح عندهما كما ذكرنا، وعلى قول أبي يوسف اختلف المشايخ؛ قال عامتهم: يصح إبراؤه عن العيب دون الثمن، والفرق أن الوكيل بالبيع والشراء أصيل من وجه، فاعتبرنا جهة الأصالة في حقوق لا تضر بالموكل، نحو المطالبة بتسليم المبيع والثمن وما أشبه ذلك، واعتبرنا جهة النيابة في حقوق تضر بالمالك، والإبراء عن اليمين يضر بالمالك؛ لأن قبل هذا كان الثمن في ذمة المشتري، وبعد الإبراء في ذمة الوكيل، وربما يكون المشتري أَمْلَأَ، أما الإبراء عن العيب لا يضر بالموكل؛ لأنه لا يثبت في حق الموكل بعد الإبراء إلا ما كان ثابتًا قبل الإبراء.

فإن قيل: الإبراء للموكل خيارًا للرضا بالعيب، وعدم الرضا يلزم الوكيل، وهذا الخيار باقٍ بعد الإبراء عن العيب، فنُزِّل في هذا منزلة المالك، وإنما كان للموكل هذا الخيار بعد رضا الوكيل بالعيب؛ لأن الثابت في حق الحقوق عقدان تقديرًا، ورضا الوكيل به يوجب بطلان الرد في عقده، أما لا يوجب بطلانًا في عقد [٢/ ٢٢٧/ أ] الموكل، وبه قالت الأئمة الثلاثة، لأن للموكل ألا يرضى بالعيب.

لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَمْلِكُهُ بِنَفْسِهِ فَيَمْلِكُ التَّوْكِيلَ بِهِ عَلَى مَا مَرَّ، وَمُرَادُهُ التَّوْكِيلُ بِالإِسْلَامِ

قوله: (لأنه عقد يملكه بنفسه، فيملك التوكيل على ما مرّ) في أول باب الوكالة، وترد عليه مسألة الاستقراض، فإنه يملك الموكل ولا يملك التوكيل، وكذا ترد عليه مسألة الوكالة من جانب المسلم إليه شبهة، فإن المسلم إليه لو باشره بنفسه لقبول السلم يجوز، ولو وكل غيره لا يجوز.

قوله: (ومراده التوكيل بالإسلام) يعني يصح توكيل رب السلم غيره، بأن يعقد عقد السلم ـ يجوز، أما لو وكله المسلم إليه بقبول المسلم فيه لا يجوز، فإنه لو صح ذلك يجب أن يبيع الوكيل طعامًا في ذمة نفسه على أن يكون الثمن لموكله، وهو رب السلم، وذلك لا يجوز؛ لأن من باع ملك نفسه في الأعيان على أن يكون الثمن لغيره لا يجوز، فكذلك في الديون.

وإذا بطل التوكيل من المسلم إليه بقبول عقد السلم كان الوكيل عاقدًا لنفسه، فيجب الطعام في ذمته، ورأس المال مملوك له، وما سلمه إلى الآمر كان قرضًا عليه. كذا في المبسوط[١].

فإن قيل: قد يجوز التوكيل بشيء يجب في ذمة الغير، كما في التوكيل بالشراء، فإن الوكيل هو المطالب بالثمن، والثمن يجب في ذمة الموكل، فينبغي أن يجوز فيما نحن فيه لجامع معنى الدَّيْنِيَّة، فإن المسلم فيه دين في ذمة المسلم كالثمن.

قلنا: المسلم فيه دين له حكم المبيع، حتى لا يجوز الاستبدال به قبل القبض، وليس للثمن حكم المبيع، فلا يلزم من الجوازِ هاهنا الجوازُ هاهنا.

وفي الذخيرة: التوكيل بقبول السلم توكيل بما لا يملك بنفسه بعصبية الأصل؛ لأن قبول السلم بيع ما ليس عند الإنسان، وبيع ما ليس عنده لا يملكه بنفسه، فكان القياس ألا يجوز لو قبل الموكل بنفسه في السلم، والرخصة وردت في بيع ما ليس عنده لحاجته لا في الأمر ببيع ما ليس عنده، بخلاف التوكيل بالشراء، حيث يصح وإن لم يكن الثمن في ملكه؛ لأن الشراء بما ليس عند الإنسان جائز على وفق القياس، فكان الأمر به جائزًا على وفق القياس.

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٢٠٩).

دُونَ قَبُولِ السَّلَمِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ، فَإِنَّ الوَكِيلَ يَبِيعُ طَعَامًا فِي ذِمَّتِهِ عَلَى أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ لِغَيْرِهِ، وَهَذَا لَا يَجُوزُ.

(فَإِنْ فَارَقَ الوَكِيلُ صَاحِبَهُ قَبْلَ القَبْضِ بَطَلَ العَقْدُ) لِوُجُودِ الِافْتِرَاقِ مِن غَيْرِ قَبْضٍ (وَلَا يُعْتَبَرُ مُفَارَقَةُ المُوَكِّلِ)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَاقِدٍ، وَالمُسْتَحِقُّ بِالعَقْدِ قَبْضُ العَاقِدِ وَهُوَ الوَكِيلُ، فَيَصِحُّ قَبْضُهُ وَإِنْ كَانَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الحُقُوقُ، كَالصَّبِيِّ وَالعَبْدِ المَحْجُورِ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ الرَّسُولِ؛ لِأَنَّ الرِّسَالَةَ فِي العَقْدِ لَا فِي القَبْضِ، وَيَنْتَقِلُ كَلَامُهُ إِلَى المُرْسِلِ فَصَارَ قَبْضُ الرَّسُولِ قَبْضَ غَيْرِ العَاقِدِ فَلَمْ يَصِحَّ.

قوله: (لوجود الافتراق من غير قبض)، وذكر شيخ الإسلام: هذا إذا كان الموكل غائبًا عن مجلس العقد، أما [إذا][1] كان حاضرًا في مجلس العقد يصير كأن الموكل صارف نفسه، فلا تعتبر مفارقة الوكيل.

قوله: (فيصح قبضه) أي: قبض الوكيل بدل الصرف **(وإن كان لا يتعلق به الحقوق)** أي: وإن كان الوكيل لا يتعلق به الحقوق. و(إن) للوصل.

وهذا جواب سؤال يرد على أصل الوكالة، فإن الصبي والعبد المحجورين إذا توكلا يصح، ولا يرجع عليهما حقوق العقد من التسليم، والتسليم على ما مر، فكيف يتعلق هاهنا بهما التسليم، والتسليم في بدل الصرف، وهما وكيلان فيه، حتى بطل الصرف بمفارقتهما قبل القبض؟

فأجاب عنه: أن قبضهما صحيح وإن كان لا يلزمهما الحقوق؛ لأن القبض في الصرف من تتمة صحة العقد، فيصح ممن يؤخذ عنه العقد.

قوله: (بخلاف الرسول) أي: في باب الصرف وفي باب السلم، وفي بعض النسخ: **(الرسولين)** أي: الرسول في الصرف والرسول في السلم، لا الرسول من الجانبين في الصرف والسلم؛ لأن الرسول من جانب المسلم إليه لا يجوز، كالتوكيل من جانبه، حيث لا يصح قبضهما، ويعتبر قبض المسلم.

قوله: (فلم يصح) أي: لم يصح قبض الرسول.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَإِذَا دَفَعَ الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ الثَّمَنَ مِن مَالِهِ وَقَبَضَ المَبِيعَ: فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ عَلَى المُوَكِّلِ)؛ لِأَنَّهُ انْعَقَدَتْ بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةٌ حُكْمِيَّةٌ، وَلِهَذَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ يَتَحَالَفَانِ، وَيَرُدُّ المُوَكِّلُ بِالعَيْبِ عَلَى الوَكِيلِ وَقَدْ سَلَّمَ المُشْتَرِي لِلْمُوَكِّلِ مِن جِهَةِ الوَكِيلِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّ الحُقُوقَ لَمَّا كَانَتْ رَاجِعَةً إِلَيْهِ وَقَدْ عَلِمَهُ المُوَكِّلُ، يَكُونُ رَاضِيًا بِدَفْعِهِ مِن مَالِهِ (فَإِنْ هَلَكَ المَبِيعُ فِي يَدِهِ قَبْلَ حَبْسِهِ هَلَكَ مِن مَالِ المُوَكِّلِ وَلَمْ يَسْقُطْ الثَّمَنُ)؛ لِأَنَّ يَدَهُ كَيَدِ المُوَكِّلِ، فَإِذَا لَمْ يَحْبِسْهُ يَصِيرُ المُوَكِّلُ قَابِضًا بِيَدِهِ (وَلَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ البَائِعِ مِن المُوَكِّلِ.

قوله: (انعقدت بينهما) أي: بين الوكيل والموكل **(مبادلة)** أي: بيع.

قوله: (فيرجع عليه) أي: يرجع الوكيل على الموكل بالثمن، وبه قال الشافعي في وجه.

(لما كانت إليه) أي: إلى الوكيل **(يكون)** أي: الموكل **(راضيًا بدفعه)** أي: بدفع الثمن **(من ماله)** أي: مال الوكيل، فإذا دفعه الوكيل بسبب أمر الموكل إياه بالشراء كان الموكل راضيًا أيضًا برجوع الوكيل عليه بما أدى، ولم يسقط الثمن، ولا خلاف فيه للأئمة الثلاثة.

(لأن يده) أي: يد الوكيل **(كيد الموكل)** لأنه أمينه.

قوله: (يصير الموكل قابضًا) أي: حكمًا **(بيده)** أي: بيد الوكيل.

(وله) أي: للوكيل **(أن يحبسه)** أي: المبيع **(حتى يستوفي الثمن)** سواء دفع الوكيل الثمن إلى البائع أو لم يدفع. كذا في المبسوط[١].

وقالت الأئمة الثلاثة: ليس له حبسه، وعن الشافعي في وجه: إذا نقد الثمن له حبسه.

وفي الذخيرة: لم يذكر محمد في شيء من الكتب أن للوكيل [٢/٢٢٧/ب] حبس المبيع قبل نقد الثمن، وحكي عن الإمام الحلواني أن له ذلك؛ لما أن حق الحبس لأجل بيع حكمي بين الموكل والوكيل، وفي هذا لا يختلف الحكم بين النقد وعدمه.

قوله: (قابضًا بيده) أي: بيد الوكيل، بدليل أن هلاكه في يد الموكل، فكأنه

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/٤٦).

وَقَالَ زُفَرُ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمُوَكِّلَ صَارَ قَابِضًا بِيَدِهِ، فَكَأَنَّهُ سَلَّمَهُ إِلَيْهِ فَيَسْقُطُ حَقُّ الحَبْسِ. قُلْنَا: هَذَا لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ فَلَا يَكُونُ رَاضِيًا بِسُقُوطِ حَقِّهِ فِي الحَبْسِ، عَلَى أَنَّ قَبْضَهُ مَوْقُوفٌ فَيَقَعُ لِلْمُوَكِّلِ إِنْ لَمْ يَحْبِسْهُ وَلِنَفْسِهِ عِنْدَ حَبْسِهِ (فَإِنْ حَبَسَهُ فَهَلَكَ كَانَ مَضْمُونًا ضَمَانَ الرَّهْنِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَضَمَانَ المَبِيعِ عِنْدَ

قبضه حقيقة ثم دفعه إلى الوكيل، فكان المقبوض أمانة في يد الوكيل، وليس للأمين [أن][1] يحبس الأمانة بدينه على صاحبها.

تَشْرِيحُهُ: أن يد الوكيل يد الموكل حكمًا، فلو وقع في يد الموكل حقيقة لا يكون للوكيل حق الحبس، وكذا إذا وقع في يده حكمًا، وقلنا: الوكيل كالبائع، والموكل كالمشتري، فكان له حق الحبس كالبائع، ولا يسقط هذا الحق بمجرد الوقوع في يده؛ لأنه لا يمكن التحرز عنه؛ لأن الوكيل لا يتوسل إلى الحبس ما لم يقبض، وما لا يمكن التحرز عنه فهو عفو فلا يسقط به حقه في الحبس؛ لأن سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه، ولا يثبت منه فيما لا يمكن التحرز عنه. إليه أشار في المبسوط[2].

وهذا معنى قول الشيخ: **(قلنا: هذا لا يمكن التحرز عنه)** أي: هذا القبض لا يملك التحرز؛ لما ذكرنا أنه لا يتوسل إلى الحبس إلا به.

وأما قوله: (أن الموكل صار قابضًا بقبض الوكيل حكمًا).

فقلنا: ليس كذلك؛ بل قبضه موقوف للتردد بين أن يكون تتميم قصد الموكل وبين أن يكون لإحياء حق نفسه، فإذا حبسه تبين أن قبضه لإحياء حق نفسه، فلم يكن الموكل قابضًا حكمًا، أو يقول: هذا قبض لا يملك الاحتراز عنه كما ذكرنا، فلا يسقط حقه للضرورة.

قوله: (فإن حبسه) أي: الوكيل **(فهلك)** في يده بعد حبسه ضمنه ضمان الرهن عند أبي يوسف، حتى لو كان فيه وفاء بالثمن يسقط، وإلا رجع بالفضل على الموكل، وضمان المبيع عند محمد وأبي حنيفة، قَلَّتْ قيمته أو كثرت.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٢٠٥).

مُحَمَّدٍ) وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ وَضَمَانَ الغَصْبِ عِنْدَ زُفَرَ ﷺ(*)؛ لِأَنَّهُ مَنْعٌ بِغَيْرِ حَقٍّ، لَهُمَا: أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ البَائِعِ مِنهُ، فَكَانَ حَبْسُهُ لِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ فَيَسْقُطُ بِهَلَاكِهِ، وَلِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ مَضْمُونٌ بِالحَبْسِ لِلِاسْتِيفَاءِ بَعْدَ أَنْ لَمْ يَكُنْ وَهُوَ الرَّهْنُ بِعَيْنِهِ بِخِلَافِ المَبِيعِ؛ لِأَنَّ البَيْعَ يَنْفَسِخُ بِهَلَاكِهِ، وَهَا هُنَا لَا يَنْفَسِخُ أَصْلُ العَقْدِ. قُلْنَا: يَنْفَسِخُ فِي حَقِّ المُوَكِّلِ وَالوَكِيلِ، كَمَا إِذَا رَدَّهُ المُوَكِّلُ بِعَيْبٍ وَرَضِيَ الوَكِيلُ بِهِ.

(**وضمان الغصب عند زفر**) وبه قالت الأئمة الثلاثة، أي: يضمن بالمثل، سواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر، وتظهر ثمرة الاختلافات فيما إذا كانت قيمته عشرة مثلًا، والثمن خمسة عشر يرجع الوكيل على الموكل بخمسة عند أبي يوسف، ولا يرجع أحدهما على الآخر عند زفر، وعند أبي حنيفة ومحمد أيضًا.

ولو كانت القيمة خمسة عشر والثمن عشرة؛ فعند زفر يرجع الموكل على الوكيل بخمسة، ولا شيء عليه عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف.

قوله: (**مضمون بالحبس بعد أن لم يكن**) يعني لم يكن مضمونًا في الابتداء كما قال زفر، وإنما صار مضمونًا بالحبس، بخلاف المبيع، فإنه مضمون في الابتداء بالثمن لا بواسطة الحبس.

قوله: (**وهاهنا لا ينفسخ أصل العقد**) بل يبقى بين الوكيل وبائعه، فلا يكون نظير البيع.

قوله: (**كما إذا رده**) أي: الموكل إلى الوكيل (**الموكل بعيب ورضي الوكيل به**) فإنه يلزم الوكيل، وينفسخ العقد فيما بين الموكل والوكيل.

وفي المبسوط(١): والدليل على أن هذا الحبس ليس نظير الرهن أن هذا الحبس يثبت في النصف الشائع فيما يحتمل القسمة، وإنما يثبت ذلك بحكم البيع، فعلم أنه كالمبيع.

فإن قيل: لما ثبتت المبادلة الحكمية بين الوكيل والموكل، فينبغي ألا يثبت الأجل الثابت في حق الوكيل في حق الموكل، كما أنه لا يثبت الأجل الثابت في حق المشتري في حق الشفيع، مع أنه ثبتت المبادلة الحكمية بين الشفيع والمشتري، فما وجه الفرق؟

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٢٠٥).

قَالَ: (وَإِذَا وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَشَرَةِ أَرْطَالِ لَحْمٍ بِدِرْهَمٍ فَاشْتَرَى عِشْرِينَ رِطْلًا بِدِرْهَمٍ مِن لَحْمٍ يُبَاعُ مِنهُ عَشَرَةُ أَرْطَالٍ بِدِرْهَمٍ، ....

قلنا: ذكر في المبسوط[1] أن الوكيل يستوجب على الآمر مثل ما وجب للبائع عليه بصفته، فيثبت الأجل في حقه، بخلاف الشفيع، فإنه يتملكه بعقد جديد سوى عقد المشتري، فالأصل المذكور في عقد لا يثبت في عقد آخر، وهاهنا الموكل إنما يتملك المبيع بذلك العقد الذي باشره الوكيل، فيثبت في حقه ما يثبت في ذلك العقد.

فإن قيل: لو كانت مباشرة الوكيل هاهنا كمباشرة الموكل لوجب أن يبرأ الموكل عن الثمن بإبراء البائع الوكيل عن الثمن، ولم يبرأ، حتى يرجع الوكيل بعد الإبراء على الموكل، كما في الكفيل، فإنه لا يرجع على الأصيل بعد الإبراء.

قلنا: أبرأ الوكيل عن الثمن إنما لا يمنعه من الرجوع؛ لأن ثبوت حق الرجوع ثبت له بالشراء لا بالأداء، بخلاف الكفيل؛ لأن ثبوت حق الرجوع له بالأداء أو بتملكه ما في ذمته، وبالإبراء لا يحصل ذلك. كذا في المبسوط[2].

وفيه: ولو هلك المبيع قبل حبسه تقرر الثمن على الموكل؛ لأن الوكيل في القبض عامل للآمر، وللوكيل أن يرجع عليه بالثمن.

فإن قيل: ينبغي أن يهلك في يد الوكيل مضمونًا [٢/٢٢٨/أ] حبس أو لم يحبس؛ لأنهما كالبائع والمشتري، والمبيع يهلك مضمونًا على البائع، فينبغي ألا يرجع الوكيل بالثمن.

قلنا: الوكيل بائع في حق الحقوق، ورسول في حق الملك، وفعل الرسول كفعل المرسل، فمن حيث إنه بائع إذا حبس يهلك مضمونًا بالثمن، ومن حيث إنه رسول يهلك أمانة إذا هلك قبل الحبس؛ توفيرًا على الشبهين حظهما بقدر الإمكان.

قوله: (من لحم يباع عشرة أرطال بدرهم) أي: إذا كانت عشرة أرطال من ذلك اللحم تساوي قيمته درهمًا، وإنما قيد به؛ لأنه إذا كانت عشرة الأرطال منه

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/ ٦٠).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٩/ ٦١).

لَزِمَ الْمُوَكِّلَ مِنهُ عَشَرَةٌ بِنِصْفِ دِرْهَم عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَلْزَمُهُ الْعِشْرُونَ بِدِرْهَم)[*] وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَمُحَمَّدٌ لَمْ يَذْكُرْ الخِلَافَ فِي الأَصْلِ. لِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ أَمَرَهُ بِصَرْفِ الدِّرْهَم فِي اللَّحْم وَظَنَّ أَنَّ سِعْرَهُ عَشَرَةُ أَرْطَالٍ، فَإِذَا اشْتَرَى بِهِ عِشْرِينَ فَقَدْ زَادَهُ خَيْرًا، وَصَارَ كَمَا إِذَا وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدِهِ بِأَلْفٍ فَبَاعَهُ بِأَلْفَيْنِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ أَمَرَهُ بِشِرَاءِ عَشَرَةِ أَرْطَالٍ وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِشِرَاءِ الزِّيَادَةِ فَيَنْفُذُ شِرَاؤُهَا عَلَيْهِ وَشِرَاءُ العَشَرَةِ عَلَى المُوَكِّلِ، بِخِلَافِ مَا اسْتَشْهَدَ بِهِ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ هُنَاكَ بَدَلُ مِلْكِ المُوَكِّلِ فَيَكُونُ لَهُ، ....

لا تساوي درهمًا نفذ الكل على الوكيل بالإجماع. ذكره في الذخيرة.

قوله: (لزم الموكل عشرة بنصف درهم)، فإن قيل: ينبغي ألا يلزم العشرة عنده بنصف درهم أيضًا؛ لأن هذه العشرة تثبت ضمنًا لا قصدًا، وهو قد وكله بشراء عشرين قصدًا، كما لو وكله بطلاق امرأته واحدةً فطلقها ثلاثًا لا تقع عنده الواحدة؛ لثبوتها في ضمن الثلاث؛ إذ المُتضمِّن لم يثبت، فلا يثبت المُتضمَّن.

قلنا: ذاك في الطلاق باعتبار أنه لم يثبت المُتضمِّن، وهو الثلاث، فلم يثبت المُتضمَّن، وهو الواحدة، وفي الشراء يثبت المتضمن، وهو العشرين يثبت ما في ضمنه، إلا أن الوكيل خالف الموكل؛ لكن هو مخالفه إلى خير، فينفذ على الموكل، ولأن الثمن متوزع على أجزاء المبيع، فحينئذ كان الكل مقصودًا، فلا يتحقق الضمن في الشراء. كذا عن العلامة مولانا حميد الدين رحمه الله.

قوله: (وفي بعض النسخ) أي: نسخ القدوري.

قوله: (لم يذكر الخلاف في الأصل) أي: المبسوط[١]، حيث قال: لزم الآمر عشرة بنصف درهم، والباقي للمأمور.

قوله: (فينفذ شراؤها عليه) أي: شراء الزيادة على الوكيل **(وشراء العشرة على الموكل)**.

فإن قيل: يشكل بما أمره أن يشتري له ثوبًا هرويًّا بعشرة، فاشترى له هرويين بعشرة، كل واحد يساوي عشرة لا ينفذ بيع واحد منهما على الموكل

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/ ٦٥).

بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى مَا يُسَاوِي عِشْرِينَ رِطْلًا بِدِرْهَم، حَيْثُ يَصِيرُ مُشْتَرِيًا لِنَفْسِهِ بِالإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّ الآمِرَ يَتَنَاوَلُ السَّمِينَ وَهَذَا مَهْزُولٌ فَلَمْ يَحْصُلْ مَقْصُودُ الآمِرِ.

قَالَ: (وَلَوْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ لِنَفْسِهِ) لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى تَغْرِيرِ الآمِرِ، حَيْثُ اعْتَمَدَ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّ فِيهِ عَزْلَ نَفْسِهِ وَلَا يَمْلِكُهُ عَلَى مَا قِيلَ إِلَّا

عند أبي حنيفة. ذكره في الذخيرة ناقلًا عن المنتقى.

قلنا: اللحم من ذوات الأمثال؛ لأنه موزون، كذا اختاره، فحينئذ لا يتفاوت في القيمة إذا كانت من جنس واحد وصفة واحدة، وكلامنا فيه، أما الثوب من ذوات القيم، فيبقى حق الموكل مجهولًا؛ لأن القيمة تعرف بالحَزْر والظن، وذلك لا يعين حق الوكيل، فلا يدري: أيهما يعطيه حصته من العشرة؟ إليه أشار في التتمة، وفيه نوع تأمل.

قوله: (**فليس له أن يشتريه لنفسه**) أي: لا يجوز، حتى لو اشتراه لنفسه يقع الشراء للموكل.

وفي التتمة: سواء نوى عند العقد الشراء لنفسه أو صرح بأنه يشتريه لنفسه، وهذا إذا لم يعين الثمن، فإن عينه واشتراه بأكثر مما سمى لزم المشتري؛ لأن هذا الشراء غير داخل تحت الوكالة؛ لأنه خلاف إلى شريته، وما لم يدخل تحت الوكالة فالحال فيه بعد الوكالة كالحال قبلها.

وفي الذخيرة: وضع المسألة في العبد، فقال: شراؤه داخل تحت الوكالة من كل وجه، فمتى أتى به على موافقة الآمر وقع الشراء للموكل، نوى أو يَنْوِ.

قوله: (**ولأن فيه**) أي: في الشراء لنفسه (**عزل نفسه**) فيما يوافق أمر الأمر؛ إذ عزله يكون بالخلاف لا بالوفاق، فلا يعمل قصده؛ لأن الوكيل لا يملك عزل نفسه عند غيبة الموكل، ولا يخرج عن الوكالة بعزل نفسه؛ بل يخرج عنها بالخلاف.

وفي الذخيرة: هذا إذا لم يعين الثمن، أما إذا عينه فاشتراه بأكثر منه، أو بجنس آخر لزم المشتري لا الآمر؛ لأن هذا الشراء ما دخل تحت أمره؛ لأنه خلاف إلى شر، فالحال فيها كالحال قبل الوكالة، فيقع الشراء للوكيل.

وهذا بخلاف ما لو أمره بنكاح امرأة بعينها بمهر معين، فنكحها الوكيل

بِمَحْضَرٍ مِن المُوَكِّلِ، فَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ مُسَمًّى فَاشْتَرَى بِخِلَافِ جِنْسِهِ، أَوْ لَمْ يَكُنْ

لنفسه يقع عنه لا عن الآمر؛ لأن النكاح الذي أتى به الوكيل غير داخل تحت الآمر؛ إذ الآمر أمره بنكاح مضاف إليه، وقد أتى بنكاح مضاف إلى نفسه، فإن الوكيل بالنكاح يضيفه إلى الموكل، وفي الشراء مأمور بالشراء مطلقًا لا مضافًا إلى الآمر، فقد أتى بما دخل تحت الوكالة، فتقع لموكله.

قوله: (**فلم [يكن]**)(١) مخالفًا.

فإن قيل: يشكل بما لو وكل الوكيل بطلاق أو إعتاق لآخر، فطلق الوكيل الثاني أو أعتق بحضرة الوكيل الأول لا يقع. ذكره في الذخيرة والتتمة.

قلنا: إن الوكيل بالطلاق والعتاق رسول؛ لأن العمل بحقيقة الوكالة متعذر؛ لأن التوكيل لتفويض [٢/٢٢٨/ب] الرأي إلى الوكيل إنما يتحقق فيه إلى الرأي، والطلاق المفرد أو العتاق المفرد لا يحتاج إلى الرأي، فلما تعذر العمل بحقيقة الوكالة جعلناها مجازًا عن الرسالة؛ لأن الوكالة تتضمن معنى الرسالة، والرسول ينقل عبارة المرسل، فصار المأمور مأمورًا ينقل عبارة الآمر، أما البيع وغيره مما يحتاج فيه إلى الرأي فيعمل بحقيقة الوكالة. كذا في الذخيرة.

وما قيل في بعض الفوائد في جواب هذا السؤال أن الطلاق أو العتاق قابل للتعليق، فكأن الموكل الأول جَعَل شرطَ وقوع الطلاق أو العتاق عبارة الوكيل الأول، فلا يقع بعبارة الوكيل الثاني وإن حضر، بخلاف البيع ونحوه، فإنه من الإثباتات، فلا يحتمل التعليق بالشرط، فلم يكن البيع معلقًا بعبارة الأول؛ بل المراد منه وجود البيع ونحوه برأيه وعلمه، وقد حصل، لكن هذا الجواب ينتقض بمسألتين:

إحداهما: ما لو وكله بطلاق امرأته فأبى، ثم طلقها لم يقع؛ لأن الوكالة ترتد بالرد، فلو كان التوكيل بالطلاق تعليقًا للطلاق بعبارة لما صح الرد منه.

وثانيها: لو عزل الوكيل بالطلاق يصح، فلو لكان هذا تعليقًا بعبارته لما صح عزله. ذكر المسألتين في المبسوط(٢).

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) المبسوط للسرخسي (١٩/١٢٧).

مُسَمًّى فَاشْتَرَى بِغَيْرِ النُّقُودِ، أَوْ وَكَّلَ وَكِيلًا بِشِرَائِهِ فَاشْتَرَى الثَّانِي وَهُوَ غَائِبٌ، يَثْبُتُ المِلْكُ لِلْوَكِيلِ الأَوَّلِ فِي هَذِهِ الوُجُوهِ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ أَمْرَ الآمِرِ فَيَنْفُذُ عَلَيْهِ. وَلَوْ اشْتَرَى الثَّانِيَ بِحَضْرَةِ الوَكِيلِ الأَوَّلِ نَفَذَ عَلَى المُوَكِّلِ الأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ حَضَرَهُ رَأْيُهُ فَلَمْ يَكُنْ مُخَالِفًا.

قَالَ: (وَإِنْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ، فَاشْتَرَى عَبْدًا، فَهُوَ لِلْوَكِيلِ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ: نَوَيْتُ الشِّرَاءَ لِلْمُوَكِّلِ، أَوْ يَشْتَرِيَهُ بِمَالِ المُوَكِّلِ) قَالَ: هَذِهِ المَسْأَلَةُ عَلَى وُجُوهٍ: إِنْ أَضَافَ العَقْدَ إِلَى دَرَاهِمِ الآمِرِ كَانَ لِلْآمِرِ وَهُوَ المُرَادُ عِنْدِي بِقَوْلِهِ: أَوْ يَشْتَرِيهِ بِمَالِ المُوَكِّلِ دُونَ النَّقْدِ مِن مَالِهِ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَفْصِيلًا وَخِلَافًا، ....

قوله: (وكله بشراء عبد بغير عينه) قيد به؛ لما ذكرنا أنه إذا وكله بعبد بعينه لا يشتريه لنفسه، حتى لو اشتراه يقع للآمر.

قوله: (إلى دراهم الآمر كان للآمر).

وفي المبسوط[1]: وضع المسألة في الدنانير ثم قال:

فإن قيل: الشراء لا يتعلق بتلك الدنانير؛ لعدم تعيين الدراهم والدنانير في العقود والفسوخ، فكان شراء الوكيل بها وبغيرها سواء.

قلنا: لا نقول بتعلق الشراء بتلك الدنانير، وإنما تتقيد الوكالة بها، وهما يتعينان في الوكالات، ولهذا لو هلك قبل الشراء بها بطلت الوكالة، فإذا تعلقت الوكالة بها لم يكن الشراء بغيرها من موجبات الوكالة، على أن الشراء قد يتعلق بالدنانير المضاف إليها نوع تعلق، ولهذا لو اشترى بالدنانير المغصوبة، ونقد منها لم يطب له الفضل، بخلاف ما إذا اشترى بغيرها ونقدها.

قوله: (دون النقد من ماله) أي: من مال الموكل **(لأن فيه)** أي: في النقد من ماله **(تفصيلًا)** بعد أن يشتريه بدراهم مطلقة؛ إن نقد من مال الموكل كان الشراء للموكل، وإن نقد من مال نفسه كان الشراء له **(وخلافًا)** يعني إذا اشترى بدراهم مطلقة وتصادقا على أن لم تحضره النية وقت الشراء، قال محمد: العقد للوكيل، وعند أبي يوسف: يحكم النقد، على ما يجيء.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/ ٦٣).

وَهَذَا بِالإِجْمَاعِ وَهُوَ مُطْلَقٌ.

وَإِنْ أَضَافَهُ إِلَى دَرَاهِمِ نَفْسِهِ كَانَ لِنَفْسِهِ حَمْلًا لِحَالِهِ عَلَى مَا يَحِلُّ لَهُ شَرْعًا، أَوْ يَفْعَلُهُ عَادَةً، إِذْ الشِّرَاءُ لِنَفْسِهِ بِإِضَافَةِ العَقْدِ إِلَى دَرَاهِمِ غَيْرِهِ مُسْتَنْكَرٌ شَرْعًا وَعُرْفًا. وَإِنْ أَضَافَهُ إِلَى دَرَاهِمَ مُطْلَقَةٍ، فَإِنْ نَوَاهَا لِلْآمِرِ فَهُوَ لِلْآمِرِ، وَإِنْ نَوَاهَا لِنَفْسِهِ فَلِنَفْسِهِ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَعْمَلَ لِنَفْسِهِ وَيَعْمَلَ لِلْآمِرِ فِي هَذَا التَّوْكِيلِ، وَإِنْ تَكَاذَبَا فِي النِّيَّةِ يَحْكُمُ النَّقْدُ بِالإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ دَلَالَةٌ ظَاهِرَةٌ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى أَنَّهُ لَمْ تَحْضُرْهُ النِّيَّةُ قَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ: هُوَ لِلْعَاقِدِ؛ لِأَنَّ الأَصْلَ أَنَّ كُلَّ أَحَدٍ يَعْمَلُ لِنَفْسِهِ، إِلَّا إِذَا ثَبَتَ جَعْلُهُ

قوله: (وهذ بالإجماع) أي: لو أضاف العقد إلى مال الموكل بالإجماع، وبه قال الشافعي (وهو) أي: قوله: (أو يشتريه بمال الموكل) (مطلق) غير مقيد، بأنه أضاف العقد إلى ماله وقت الشراء، أو لم يضف فيحتمل [خلاف][1] ذلك على هذا القيد.

وقوله: (حملًا لحاله) أي: حال الوكيل، تعليل للمسألة الأولى، وهي أن يضاف العقد إلى دراهم الآمر، يعني لما أضافه ينبغي أن يقع العقد له؛ لأنه لو لم يقع كان واقعًا للوكيل، وإذا وقع العقد للوكيل كان غاصبًا لدراهم الآمر، وهو لا يحل شرعًا.

وقوله: (أو يفعله عادة) عطف على قوله: (يحل له) يعني أن العادة جرت بأن الشراء إذا كان مضافًا إلى دراهم معينة يقع الشراء لصاحب الدراهم، فلو وقع الشراء لنفسه كان حملًا لأمره على خلاف العادة، وهو أيضًا لا يصح؛ لأن الأصل هو الوفاء بالعادة.

قوله: (وإن تكاذبا) أي: في النية، وفي بعض النسخ: (وإن تكاذبا في النية) بأن قال الآمر: نويت لي، وقال الوكيل: نويت لنفسي.

(لأنه) أي: النقد (دلالة ظاهرة على ما ذكرنا) من حمل أمره على ما يحل، أو على وفق العادة.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لِغَيْرِهِ وَلَمْ يَثْبُتْ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ﷺ: يُحَكَّمُ النَّقْدُ(*)؛ لِأَنَّ مَا أَوْقَعَهُ مُطْلَقًا يَحْتَمِلُ الوَجْهَيْنِ فَيَبْقَى مَوْقُوفًا، فَمِن أَيِّ المَالَيْنِ نَقَدَ فَقَدْ فَعَلَ ذَلِكَ المُحْتَمَلَ لِصَاحِبِهِ، وَلِأَنَّ مَعَ تَصَادُقِهِمَا يَحْتَمِلُ النِّيَّةَ لِلْآمِرِ، وَفِيمَا قُلْنَا حَمْلُ حَالِهِ عَلَى الصَّلَاحِ كَمَا فِي حَالَةِ التَّكَاذُبِ.

وَالتَّوْكِيلُ بِالإِسْلَامِ فِي الطَّعَامِ عَلَى هَذِهِ الوُجُوهِ. قَالَ: (وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِشِرَاءِ

قوله: (**يحتمل الوجهين**) وهو أن يقع الشراء للآمر أو لنفسه.

قوله: (**مع تصادقهما**) يعني على أنه لم تحضره النية للآمر، بأن نواه له ثم نسيه.

(**وفيما قلناه**) أي: في تحكيم النقد (**حمل حاله**) أي: حال الوكيل (**على الصلاح**) وهو ألا يكون الوكيل غاصبًا على تقدير النقد من مال الآمر.

قوله: (**على هذه الوجوه**) أي: وفاقًا وخلافًا، وإنما ذكر هذا، مع أن حكمه يستفاد من التوكيل بالشراء نفيًا لقول بعض مشايخنا، حيث قالوا في مسألة الشراء: إذا تصادقا على أنه لم تحضره النية فالعقد للوكيل إجماعًا، [٢/٢٢٩/أ] ولا يحكم النقد، وإنما خلاف أبي يوسف في مسألة التوكيل بالإسلام؛ لأن للنقد تأثيرًا في تنفيذ السلم، فإنه إذا لم ينقد رأس المال يبطل السلم، فإذا جهل من له العقد تبين له بالنقد، أما لا أثر للنقد في تنفيذ الشراء فلم يتبين بالنقد من له العقد، فاعتبر العاقد عملًا بقضية الأصل. كذا في الذخيرة.

وقلنا: الخلاف في الكل حملًا لحاله على الصلاح كما ذكر في المتن، وفرق أبو يوسف بين المأمور بالحج وبين المأمور بالشراء، فإنه إذا أطلق النية عند الإحرام يكون عاقدًا لنفسه؛ لأن الحج عبادة لا تتأدى إلا بالنية فكان مأمورًا بأن ينوي الحج عن الآمر، ولم يفعل، فصار مخالفًا، أما في المعاملات النية ليست بشرط، فلا يصير بترك النية مخالفًا، فيبقى حكم عقده موقوفًا على النقد. كذا في المبسوط[1].

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٢١٣).

عَبْدٍ بِأَلْفٍ فَقَالَ: قَدْ فَعَلْتُ وَمَاتَ عِنْدِي، وَقَالَ الآمِرُ: اشْتَرَيْتَهُ لِنَفْسِك، فَالقَوْلُ قَوْلُ الآمِرِ، فَإِنْ كَانَ دَفَعَ إِلَيْهِ الأَلْفَ فَالقَوْلُ قَوْلُ المَأْمُورِ؛ لِأَنَّ فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ أَخْبَرَ عَمَّا لَا يَمْلِكُ اسْتِئْنَافَهُ، وَهُوَ الرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ عَلَى الآمِرِ، وَهُوَ يُنْكِرُ وَالقَوْلُ لِلْمُنْكِرِ.

وَفِي الوَجْهِ الثَّانِي: هُوَ أَمِينٌ يُرِيدُ الخُرُوجَ عَنْ عُهْدَةِ الأَمَانَةِ فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ.

وَلَوْ كَانَ العَبْدُ حَيًّا حِينَ اخْتَلَفَا، إِنْ كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُودًا فَالقَوْلُ لِلْمَأْمُورِ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَنْقُودًا فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ اسْتِئْنَافَ الشِّرَاءِ فَلَا يُتَّهَمُ فِي الإِخْبَارِ عَنْهُ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀: القَوْلُ لِلْآمِرِ(*)؛

قوله: (فالقول قول الآمر) هذا إذا لم يدفع الثمن فالقول له، وبه قال الشافعي في وجه، وأحمد في رواية، وقالا في وجه آخر وفي رواية أخرى: للمأمور؛ لأنه أمين في الشراء **(فإن كان دفع)** أي: الآمر **(إليه)** أي: إلى الوكيل **(فالقول قول المأمور)** ولا خلاف فيه.

قوله: (أخبر عما لا يملك) أي: لا يقدر على إنشائه، أي: إنشاء العقد؛ إذ العبد ميت، ومن أخبر عما لا يقدر إنشاءه في الحال لا يكون القول له، كما لو قال: راجعتُ، إن كانت العدة باقية يصدق؛ لأنه يملك إنشاءه، وإلا فلا، كذا هاهنا.

قوله: (وهو الرجوع بالثمن) وإنما لم يقل: وهو العقد؛ لأن مقصود الوكيل من ذكر العقد الرجوع بالثمن على الآمر، وكان ذكر المسبب وأراد السبب، وهو جائز؛ لأن الرجوع بالثمن يختص بالشراء لأجل الآمر.

قوله: (يملك استئناف الشراء) إذ العبد حي، والحي محل للشراء، فيملك أن يشتريه في الحال للآمر.

فإن قيل: الشراء لا يتوقف، بخلاف البيع، ولما وقع شراؤه أولًا للوكيل كيف يقع بعد ذلك للموكل؟

قلنا: يمكن أن يتفاسخ الوكيل بالشراء مع بائعه، ثم يشتريه لأجل الموكل.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

لِأَنَّهُ مَوْضِعُ تُهْمَةٍ بِأَنْ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ، فَإِذَا رَأَى الصَّفْقَةَ خَاسِرَةً أَلْزَمَهَا الآمِرَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُودًا؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِيهِ فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ تَبَعًا لِذَلِكَ وَلَا ثَمَنَ فِي يَدِهِ هَاهُنَا، وَإِنْ كَانَ أَمَرَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ ثُمَّ اخْتَلَفَا وَالعَبْدُ حَيٌّ، فَالقَوْلُ لِلْمَأْمُورِ سَوَاءٌ كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُودًا أَوْ غَيْرَ مَنْقُودٍ، وَهَذَا بِالإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَمَّا يَمْلِكُ اسْتِئْنَافَهُ، وَلَا تُهْمَةَ فِيهِ؛ لِأَنَّ الوَكِيلَ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ لَا يَمْلِكُ شِرَاءَهُ لِنَفْسِهِ بِمِثْلِ ذَلِكَ الثَّمَنِ فِي حَالِ غَيْبَتِهِ عَلَى مَا مَرَّ، بِخِلَافِ غَيْرِ المُعَيَّنِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ.

قوله: (**تبعًا لذلك**) أي: يقبل قول الوكيل: اشتريت لك عبدًا ومات عندي؛ تبعًا لخروج الوكيل عن عهدة الأمانة التي هي الألف المنقودة.

(**ولا ثمن في يده هاهنا**) أي: فيما إذا كان العبد حيًّا، والثمن غير منقود، فلم يوجد المتبوع، وهو كون الوكيل أمينًا، فلا يوجد البيع، وهو قبول قوله بطريق التبعية لخروج الوكيل عن عهدة الأمانة، فلذلك لا يقبل قوله هاهنا.

قوله: (**ولا تهمة فيه**) هذا تعليل أبي حنيفة، فإن الولي إذا أقر بتزويج الصغيرة لا يقبل عند أبي حنيفة، مع أنه يملك استئناف النكاح في الحال، فكان قوله: (يملك استئنافه) وقع على قولهما، وقوله: (**ولا تهمة فيه**) وقع على قول أبي يوسف ومحمد، وكانت المسألة متفقة مع اختلاف التخريج، ويمكن أن يقع قوله: (**لا يملك استئنافه**) قول الكل، والفرق لأبي حنيفة أن إقرار الولي بتزويج الصغيرة عند عدم الشهود، فحينئذ لا يملك إنشاءه شرعًا بدون الشهود، أما لو كان عند الشهود يقبل قوله أيضًا عنده، فيكون قوله مطردًا في المسألتين.

قوله: (**في حال غيبته**) قيد به؛ إذ في حال حضرة الموكل يملك، على ما مرَّ من قوله: (إلا بمحضر من الموكل).

قوله: (**على ما ذكرنا لأبي حنيفة**) وهو قوله: (**لأنه موضع تهمة**) إلى آخره.

وفي جامع قاضي خان: وهذه المسألة على وجهين؛ إما أن أمره بشراء عبد بعينه أو بغير عينه، وكل ذلك على وجهين؛ إما أن كان الثمن منقودًا أو غير منقود، وكل ذلك على وجهين؛ إما أن كان العبد قائمًا أو هالكًا، فإن كان الثمن منقودًا فالقول للوكيل في جميع الوجوه؛ لأنه يدعي خروج نفسه عن عهدة الأمانة، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

(وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: بِعْنِي هَذَا العَبْدَ لِفُلَانٍ، فَبَاعَهُ، ثُمَّ أَنْكَرَ أَنْ يَكُونَ فُلَانٌ أَمَرَهُ، ثُمَّ جَاءَ فُلَانٌ وَقَالَ: أَنَا أَمَرْته بِذَلِكَ، فَإِنَّ فُلَانًا يَأْخُذُهُ)؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ السَّابِقَ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالْوَكَالَةِ عَنْهُ فَلَا يَنْفَعُهُ الْإِنْكَارُ اللَّاحِقُ.

(فَإِنْ قَالَ فُلَانٌ لَمْ آمُرْهُ، لَمْ يَكُنْ لَهُ)؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ يَرْتَدُّ بِرَدِّهِ (إِلَّا أَنْ يُسَلِّمَهُ الْمُشْتَرَى لَهُ، فَيَكُونُ بَيْعًا عَنْهُ، ....

قوله: (فإن فلانًا يأخذه) أي: له ولاية الأخذ **(لأن قوله السابق)** أي: قول المشتري السابق، وهو قوله: **(بعني هذا العبد لفلان)** **(فلا ينفعه الإنكار اللاحق)** لأنه مناقض، ولا قول للمناقض.

فإن قيل: قوله: **(بعني لفلان)** يحتمل أن يكون بشفاعة فلان، كما قال محمد: لو أن أجنبيًّا سلم تسليم الشفعة فقال الشفيع: سلمتها لك تبطل شفعته استحسانًا، كأنه قيل: سلمتها، أي: الشفعة، لأجلك.

قلنا: اللام للتمليك، ولهذا لو قال [٢/ ٢٢٩/ب] الشفيع ذلك بغير سبق سؤال التسليم لا يصح التسليم، يؤيده ما ذكرنا.

قوله: إن بعت ثوبًا لك، وإنما حمل على الإسقاط في مسألة الشفعة؛ لكونه مسبوقًا بسؤال الإسقاط، وما نحن فيه ليس كذلك. كذا في الفوائد الظهيرية.

قوله: (إلا أن يسلمه المشترى).

وروي: **(المشترى)** بكسر الراء وفتحها، فعلى الكسر يكون المشتري فاعلًا، وقوله: **(له)** أي: لأجله، ويكون الفعل الثاني محذوفًا، وهو إليه، أي: إلا أن يسلم الفضولي العبد الذي اشتراه لأجل فلان إليه، وعلى الفتح يكون **(المشترى له)** مفعولًا ثانيًا بدون حرف الجر، وهو فلان، والفاعل مضمر، أي: إلا أن يسلم الفضولي العبد إلى المشترى له، وهو فلان.

وهذا الاستثناء من **قوله**: **(لم يكن له)** أي: لم يكن له إلا في صورة التسليم إليه، وإنما ذكر صورة التسليم إليه؛ لأن فلانًا لو قال: (أجزت) بعد قوله: **(لم آمره)** لم يعتبر ذلك؛ بل يكون العبد للمشتري؛ لأن الإجازة تلحق الموقوف دون الجائز، وهذا عقد جائز نافذ على المشتري. كذا في جامع شمس الأئمة السرخسي.

وَعَلَيْهِ العُهْدَةُ)؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُشْتَرِيًا بِالتَّعَاطِي، كَمَنْ اشْتَرَى لِغَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ حَتَّى لَزِمَهُ ثُمَّ سَلَّمَهُ المُشْتَرَى لَهُ، وَدَلَّتْ المَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ التَّسْلِيمَ عَلَى وَجْهِ البَيْعِ يَكْفِي لِلتَّعَاطِي وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ نَقْدُ الثَّمَنِ، وَهُوَ يَتَحَقَّقُ فِي النَّفِيسِ وَالخَسِيسِ لِاسْتِتْمَامِ التَّرَاضِي وَهُوَ المُعْتَبَرُ فِي البَابِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ عَبْدَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا وَلَمْ يُسَمِّ لَهُ ثَمَنًا، فَاشْتَرَى لَهُ أَحَدَهُمَا، جَازَ)؛ لِأَنَّ التَّوْكِيلَ مُطْلَقٌ، وَقَدْ لَا يَتَّفِقُ الجَمْعُ بَيْنَهُمَا فِي البَيْعِ (إِلَّا فِيمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ)؛ لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ بِالشِّرَاءِ، وَهَذَا كُلُّهُ بِالإِجْمَاعِ (وَلَوْ أَمَرَهُ بِأَنْ يَشْتَرِيَهُمَا بِأَلْفٍ وَقِيمَتُهُمَا سَوَاءٌ، فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِنْ اشْتَرَى أَحَدَهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ أَوْ أَقَلَّ جَازَ، وَإِنْ اشْتَرَى بِأَكْثَرَ لَمْ يَلْزَمْ الآمِرَ)؛ لِأَنَّهُ قَابَلَ الأَلْفَ بِهِمَا وَقِيمَتُهُمَا سَوَاءٌ

قوله: (وعليه العهدة) أي: على فلان الآمرِ العهدةُ، أي: عهدة الأخذ بتسليم الثمن.

وقوله: (لأنه صار مشتريًا بالتعاطي) دال على هذا، وهو أن الضمير في (وعليه) راجع إلى فلان، وبه صرح في جامعي شمس الأئمة وقاضي خان.

قوله: (وهو المعتبر) أي: التراضي المعتبر في باب المبيع، بقوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وفي بيع التعاطي التراضي تام وإن لم يتلفظا بلفظ البيع والشراء، وقد مرَّ بيان الاختلاف فيه في البيوع.

قوله: (فاشترى أحدهما جاز) أي: اشترى بمثل القيمة، أو بما يتغابن الناس فيه ـ جاز.

وقوله: (لأنه توكيل بالشراء) احتراز عن التوكيل بالبيع، فإن ذلك يجوز بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة، أما التوكيل بالشراء لا يحتمل الغبن الفاحش بالإجماع.

وقوله: (وهذا كله بالإجماع) احتراز عما ذكرنا من التوكيل بالبيع، ومن التوكيل بشراء العبدين بأعيانهما، وهي المسألة الثانية.

قوله: (وإن اشترى بأكثر لم يلزم الآمر) قلَّت الزيادة أو كثرت عند أبي حنيفة.

قال شيخ الإسلام: قال بعض المشايخ: ليس في المسألة اختلاف في الحقيقة، فإن قول أبي حنيفة محمول على ما إذا كانت الزيادة كبيرة بحيث لا

فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ دَلَالَةً، فَكَانَ آمِرًا بِشِرَاءِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ ثُمَّ الشِّرَاءُ بِهَا مُوَافَقَةً وَبِأَقَلَّ مِنهَا مُخَالَفَةً إِلَى خَيْرٍ وَبالزِّيَادَةُ إِلَى شَرٍّ، قَلَّتْ الزِّيَادَةُ أَوْ كَثُرَتْ فَلَا يَجُوزُ (إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَ البَاقِيَ بِبَقِيَّةِ الأَلْفِ قَبْلَ أَنْ يَخْتَصِمَا اسْتِحْسَانًا)؛ لِأَنَّ شِرَاءَ الأَوَّلِ قَائِمٌ، وَقَدْ حَصَلَ غَرَضُهُ المُصَرَّحُ بِهِ وَهُوَ تَحْصِيلُ العَبْدَيْنِ بِالأَلْفِ وَمَا ثَبَتَ الانْقِسَامُ إِلَّا دَلَالَةً وَالصَّرِيحُ يَفُوقُهَا (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِنْ اشْتَرَى أَحَدَهُمَا بِأَكْثَرَ مِن نِصْفِ الأَلْفِ بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ وَقَدْ بَقِيَ مِن الأَلْفِ مَا يُشْتَرَى بِمِثْلِهِ البَاقِي جَازَ)(*)؛ لِأَنَّ التَّوْكِيلَ مُطْلَقٌ، لَكِنَّهُ يَتَقَيَّدُ بِالمُتَعَارَفِ وَهُوَ فِيمَا قُلْنَا، وَلَكِنْ

يتغابن الناس فيها، فأما إذا كانت قليلة بحيث يتغابن الناس فيها يجوز بالاتفاق؛ لأنه لا تسمية في حق هذا الواحد، كما لو وكله بشراء عبد له ولم يسمِّ ثمنًا، فاشتراه بأكثر من قيمته بما يتغابن الناس جاز، كذا هاهنا.

قال شيخ الإسلام: والظاهر أن المسألة على الاختلاف، فإنه أطلق الجواب على قول أبي حنيفة، وفصل على قولهما.

قوله: (**استحسانًا**) قيد به؛ إذ في القياس لا ينفذ على الآمر؛ لأنه صار مخالفًا، والشراء مما لا يتوقف، فنفذ عليه، وهو قياس قول الأئمة الثلاثة.

وجه الاستحسان: أن الآمر صرح بتحصيل العبدين بألف، والتنصيف ثابت بدلالة كلامه لما مر، فإذا اشترى الباقي بما بقي فقد جاء أوان الصريح، وأمكن العمل، ومع إمكان العمل لا معنى للعمل بالدلالة، وهو انقسام الألف عليهما بطريق الدلالة. ذكره المحبوبي.

وهذا معنى قول الشيخ: (**وقد حصل غرضه المصرح به**) إلى آخره، يعني لو نظرنا إلى صريح كلامه، وهو تحصيل العبدين بألف ينبغي أن يلزم كلاهما على الآمر، ولو نظرنا إلى تقسيم الألف عليهما دلالة لا يلزم، فعملنا بالصريح؛ لأنه فوق الدلالة، وقلنا: الشراء قد يتوقف إذا لم يجد نفاذًا على المشتري، كالوكيل بشراء عبد إذا اشترى نصفه، وشراء الصبي والعبد المحجور والمرتد، كذا قيل، وفيه نوع تأمل.

قوله: (**وقال أبو يوسف ومحمد**): هو أي:

(*) الراجح: قول الصاحبين.

لَا بُدَّ أَنْ يَبْقَى مِن الأَلْفِ بَاقِيَةٌ يُشْتَرَى بِمِثْلِهَا البَاقِي لِيُمْكِنَهُ تَحْصِيلُ غَرَضِ الآمِرِ.

قَالَ: **(وَمَنْ لَهُ عَلَى آخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَأَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا هَذَا العَبْدَ فَاشْتَرَاهُ جَازَ)**؛ لِأَنَّ فِي تَعْيِينِ المَبِيعِ تَعْيِينَ البَائِعِ؛ وَلَوْ عَيَّنَ البَائِعَ يَجُوزُ عَلَى مَا نَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ: **(وَإِنْ أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا عَبْدًا بِغَيْرِ عَيْنِهِ فَاشْتَرَاهُ فَمَاتَ فِي يَدِهِ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ الآمِرُ مَاتَ مِن مَالِ المُشْتَرِي، وَإِنْ قَبَضَهُ الآمِرُ فَهُوَ لَهُ)** وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ **(وَقَالَا: هُوَ لَازِمٌ لِلْآمِرِ إِذَا قَبَضَهُ المَأْمُورُ)**(*) وَعَلَى هَذَا: إِذَا أَمَرَهُ أَنْ يُسَلِّمَ مَا عَلَيْهِ أَوْ يَصْرِفَ مَا عَلَيْهِ. لَهُمَا: أَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ لَا يَتَعَيَّنَانِ فِي المُعَاوَضَاتِ دَيْنًا كَانَتْ أَوْ عَيْنًا، أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَوْ تَبَايَعَا عَيْنًا بِدَيْنٍ ثُمَّ تَصَادَقَا أَنْ لَا دَيْنَ، لَا يَبْطُلُ العَقْدُ، فَصَارَ الإِطْلَاقُ وَالتَّقْيِيدُ فِيهِ سَوَاءً، فَيَصِحُّ التَّوْكِيلُ وَيَلْزَمُ الآمِرَ؛ لِأَنَّ يَدَ الوَكِيلِ كَيَدِهِ.

العبد **(لازم للآمر)** في الوجهين، وبه قال الشافعي وأحمد، وأصل هذا أن التوكيل بالشراء إذا أضيف إلى دين على الوكيل؛ فإن كان البائع متعينًا أو المبيع معينًا صح بالإجماع، وإن لم يكن كذلك فهو على الخلاف.

قوله: (إذا أمره أن يسلم ما عليه) أي: يعقد عقد السلم **(أو يصرف ما عليه)** أي: يعقد عقد الصرف، من غير تعيين من يسلم إليه، ومن يعقد عقد الصرف، بأن قال: أسلم أو اصرف مالي عليك في كذا كان على الاختلاف.

أما لو قال: أسلم [٢/ ٢٣٠/أ] مالي عليك إلى فلان يصح بالإجماع، وإنما خصهما؛ نفيًا لوهم من يهم، فإنه لا يجوز التوكيل فيهما؛ لاشتراط القبض في المجلس.

قوله: (فصار الإطلاق) بأن قال: بألف، ولم يضفه إلى ما عليه **(والتقييد)** بأن أضافه إلى ما عليه **(سواء)** وصار كما لو قال: تصدق بمالي عليك على المساكين فإنه يجوز، وكذا لو آجَرَ حَمَّامًا أو دابة، وأمر المستأجر بالمَرَمَّة من

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِي الوَكَالَاتِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَيَّدَ الوَكَالَةَ بِالعَيْنِ مِنهَا أَوْ بِالدَّيْنِ مِنهَا ثُمَّ اسْتَهْلَكَ العَيْنَ أَوْ أَسْقَطَ الدَّيْنَ بَطَلَتْ الوَكَالَةُ، وَإِذَا تَعَيَّنَتْ

الأجرة، أو بأن يشتري بالأجرة عبدًا يسوق الدابة وينفق عليها، فصار هذا كما لو كان البائع أو المبيع متعينًا.

ولأبي حنيفة: أن هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين، والآمر بنفسه لا يملك ذلك، فكذا لا يملك الأمر به، بخلاف ما لو عين البائع أو المبيع، فإن البائع ينتصب وكيلًا عن الآمر بقبض الدين؛ لأنه معلوم، فيكون تمليك العين؛ إذ البائع يصير قابضًا لصاحب الدين، ثم يصير قابضًا لنفسه، ومتى أبهم البائع أو المبيع يكون البائع مجهولًا، والمجهول لا يصلح وكيلًا، كما لو قال: ادفع مالي عليك من الدين إلى من شئت، أو قال: ألقه في البحر كان باطلًا.

وأما مسألة التصدق وإن كان مجهولًا، فإنه إنما ينتصب وكيلًا عن الله تعالى في قبض حقه، والله تعالى علمه محيط بكل شيء، فيكون الفقير الذي قبضه مَعلومَهُ تعالى، وأما مسألة الحَمَّام ونحوها قيل: ذاك قولهما، ولئن كان قولَ الكل فإنما جاز باعتبار الضرورة؛ لأن المستأجر لا يجد الأجر في كل وقت، فجعلنا الحمام قائمًا مقام الأجر في القبض.

وأما مسألة التصادق قلنا: إن الدراهم والدنانير لا يتعينان في الشراء عينًا أو دينًا، ولكن تتعين في الوكالات، فلما لم تتعين في الشراء لم يبطل الشراء ببطلان الدين. كذا ذكره المحبوبي والمرغيناني وقاضي خان.

قوله: **(أنها)** أي: الدراهم والدنانير **(تتعين في الوكالات)**.

قال شيخ الإسلام: تتعين بعد القبض، أما قبل القبض لا تتعين بلا خلاف، ذكره محمد في الزيادات. كذا في الذخيرة.

قوله: **(ثم استهلك)** أي: الآمر أو الوكيل، وقيد بالاستهلاك دون الهلاك؛ لأن بطلان الوكالة بالاستهلاك لا بالهلاك. ذكره قاضي خان في فتاواه.

(أو أسقط) أي: الموكل **(الدين)** بإبرائه عن الدين بعد التوكيل بشراء العبد به بطلت الوكالة.

كَانَ هَذَا تَمْلِيكُ الدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ مِن دُونِ أَنْ يُوَكِّلَهُ بِقَبْضِهِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ، كَمَا إِذَا اشْتَرَى بِدَيْنٍ عَلَى غَيْرِ المُشْتَرِي أَوْ يَكُونُ أَمْرًا بِصَرْفِ مَا لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا بِالقَبْضِ قَبْلَهُ، وَذَلِكَ بَاطِلٌ كَمَا إِذَا قَالَ: أَعْطِ مَالِي عَلَيْك مَنْ شِئْت، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَيَّنَ البَائِعَ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ وَكِيلًا عَنْهُ فِي القَبْضِ ثُمَّ يَتَمَلَّكُهُ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَمَرَهُ بِالتَّصَدُّقِ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ المَالَ لِلَّهِ وَهُوَ مَعْلُومٌ. وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ التَّوْكِيلُ نَفَذَ الشِّرَاءُ عَلَى المَأْمُورِ فَيَهْلِكُ مِن مَالِهِ إِلَّا إِذَا قَبَضَهُ الآمِرُ مِنهُ لِانْعِقَادِ البَيْعِ تَعَاطِيًا.

فإن قيل: ينبغي ألا تبطل الوكالة؛ لأنها لما لم تصح مضافة إلى هذه بسبب أنه تمليك الدين من غير من عليه الدين بقيت الوكالة مطلقة.

قلنا: الوكالة ما صدرت مطلقة بل مقيدة بهذه الدراهم؛ لأن الولاية إنما تستفاد من الآمر، والآمر قيد الوكالة بهذه الدراهم التي هي دين لم[1] تبطل الوكالة أصلًا ببطلان الدين.

قوله: (**إلا بالقبض قبله**) أي: قبل القبض؛ لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها، فكان ما أدى المديون إلى رب الدين أو البائع ملك المديون، فكان أمره للوكيل بالدفع إلى البائع أمرًا بما لا يملكه، فلا يصح. إليه أشار في المبسوط[2].

قوله: (**بخلاف ما إذا عين البائع**)؛ (**لأنه يصير وكيلًا بقبضه**)، فيجوز كما ذكرنا.

فإن قيل: فعلى هذا لو اشترى شيئًا بدين على آخر ينبغي أن يجوز، وحيث لا يجوز وإن أمكن أن يجعل البائع وكيلًا في القبض لكونه معينًا.

قلنا: عدم الجواز هاهنا لكونه تبعًا بشرط، وهو أداء اليمين على الغير، ولأن البائع لو صار وكيلًا بالقبض، فإنما يصير في ضمن المبايعة، فلا بد أن يثبت المتضمن، بخلاف ما نحن فيه؛ لأن التوكيل يثبت بأمر الآمر، وأنه يسبق الشراء.

---

(١) في الأصل: (ثم)، والمثبت من النسخة الثانية. (٢) المبسوط للسرخسي (١٩/١٧).

قَالَ: (وَمَنْ دَفَعَ إِلَى آخَرَ أَلْفًا وَأَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا جَارِيَةً فَاشْتَرَاهَا فَقَالَ الآمِرُ: اشْتَرَيْتَهَا بِخَمْسِمِائَةٍ. وَقَالَ المَأْمُورُ: اشْتَرَيْتُهَا بِأَلْفٍ، فَالقَوْلُ قَوْلُ المَأْمُورِ) وَمُرَادُهُ إِذَا كَانَتْ تُسَاوِي أَلْفًا؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِيهِ وَقَدْ ادَّعَى الخُرُوجَ عَنْ عُهْدَةِ الأَمَانَةِ، وَالآمِرُ يَدَّعِي عَلَيْهِ ضَمَانَ خَمْسِمِائَةٍ وَهُوَ يُنْكِرُ، فَإِنْ كَانَتْ تُسَاوِي خَمْسَمِائَةٍ، فَالقَوْلُ قَوْلُ الآمِرِ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ حَيْثُ اشْتَرَى جَارِيَةً تُسَاوِي خَمْسَمِائَةٍ وَالأَمْرُ تَنَاوَلَ مَا يُسَاوِي أَلْفًا فَيَضْمَنُ.

قَالَ: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ دَفَعَ إِلَيْهِ الأَلْفَ، فَالقَوْلُ قَوْلُ الآمِرِ) أَمَّا إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهَا خَمْسَمِائَةٍ فَلِلْمُخَالَفَةِ، وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا أَلْفًا فَمَعْنَاهُ أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ؛ لِأَنَّ المُوَكِّلَ وَالوَكِيلَ فِي هَذَا يَنْزِلَانِ مَنْزِلَةَ البَائِعِ وَالمُشْتَرِي وَقَدْ وَقَعَ الاخْتِلَافُ فِي الثَّمَنِ وَمُوجِبُهُ التَّحَالُفُ. ثُمَّ يُفْسَخُ العَقْدُ الَّذِي جَرَى بَيْنَهُمَا فَتَلْزَمُ الجَارِيَةُ المَأْمُورَ.

قَالَ: (وَلَوْ أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ هَذَا العَبْدَ، وَلَمْ يُسَمِّ لَهُ ثَمَنًا، فَاشْتَرَاهُ، فَقَالَ الآمِرُ: اشتريتَه بِخَمْسِمِائَةٍ، وَقَالَ المَأْمُورُ: بِأَلْفٍ، وَصَدَّقَ البَائِعُ المَأْمُورَ، فَالقَوْلُ قَوْلُ المَأْمُورِ مَعَ يَمِينِهِ) ....

قوله: (فالقول قول المأمور) ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة.

قوله: (لأنه خالف) أي: إلى شر؛ لأن المأمور بشراء أمة تساوي ألفًا لا يملك شراء أمة تساوي خمسمائة، فتلزم الأمة المأمور ويضمن الألف.

قوله: (فللمخالفة) لأنه أمر بأن يشتري جارية تساوي ألفًا، وقد خالف إلى شر، فيلزم المأمور.

قوله: (فمعناه: يتحالفان) وإنما ذكر هذا لدفع شبهة ذكرها في بعض شروح الجامع الصغير، وهي:

فإن قيل: لما كنت الجارية تساوي الألف ينبغي أن يلزم الآمر، سواء قال الوكيل: اشتريتها بألف أو بأقل؛ لأنه وافق أمر الآمر، وكذا لو قال: اشتريتها بخمسمائة؛ لأنه خلاف إلى خير.

قلنا: المراد **بقوله: (القول قول الآمر)** أنهما يتحالفان؛ لأنهما نُزِّلا [٢/ ٢٣٠/ب] منزلة البائع والمشتري، وقد اختلفا في مقدار الثمن، وهو يوجب التحالف، فإذا اختلفا كانت الجارية للمأمور؛ لأن بعد التحالف يفسخ العقد

قِيلَ: لَا تَحَالُفَ هَاهُنَا؛ لِأَنَّهُ ارْتَفَعَ الخِلَافُ بِتَصْدِيقِ البَائِعِ، إِذْ هُوَ حَاضِرٌ، وَفِي المَسْأَلَةِ الأُولَى هُوَ غَائِبٌ، فَاعْتُبِرَ الِاخْتِلَافُ، وَقِيلَ: يَتَحَالَفَانِ كَمَا ذَكَرْنَاه، وَقَدْ ذَكَرَ مُعْظَمَ يَمِينِ التَّحَالُفِ وَهُوَ يَمِينُ البَائِعِ، وَالبَائِعُ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ أَجْنَبِيٌّ عَنْهُمَا

التقديري الذي جرى بين الآمر والمأمور. كذا في جامع قاضي خان وصدر الإسلام وغيرهما.

وقال الشافعي في قول، وأحمد في رواية: القول للآمر وإن كانت تساوي ألفًا إذا لم يعين الألف، وإن عين بأن قال: اشترها بألف فالقول للمأمور بلا تخالف، وقالا في قول ورواية: القول للمأمور في الصورتين، وقد مرَّ، فالقول للمأمور مع يمينه، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (**قيل: لا تحالف**) وهو قول أبي جعفر الهندواني؛ لارتفاع الخلاف بتصادق البائع والوكيل، فيجعل تصادقهما بمنزلة إنشاء عقد، ولو أنشأ العقد تلزم الجارية للآمر، فكذا هنا، وإنما أوجبنا التحالف فيما سبق، ثم ترد الأمة على المأمور؛ لأن البائع ثمة غائب، فاعتبر الاختلاف، وهاهنا حاضر.

قوله: (**وقيل: يتحالفان**) وهو قول أبي منصور الماتريدي (**لما ذكرناه**) أنهما نزلا منزلة البائع والمشتري (**فقد ذكر**) أي: محمد (**معظم يمين التحالف يمين البائع**) أي[1]: المأمور؛ لأنه بائع تقديرًا في حق الموكل.

وإنما قلنا: إن يمين البائع معظم يمين التحالف؛ لأن البائع وهو المأمور هنا مدعٍ، ولا يمين عليه إلا في صورة التحالف، وأما المشتري وهو الموكل هنا فمنكر، واليمين على المنكر على كل حال، فلما كان يمين الوكيل هو المختص في التحالف كان يمينه أعظم اليمينين، ثم لما وجب اليمين على المأمور كان واجبًا على المشتري المنكر، وهو الآمر أولى، وهو معنى التحالف.

وذكر فخر الإسلام في جامعه: لولا أن المراد هو التحالف لَلَزِمَت الجارية الآمر؛ لأن الآمر إذا حلف صار الشراء بخمسمائة، والجارية تساوي ألفًا، وأنها تلزم الآمر، فثبت بهذا أنه أراد **بقوله**: (وتلزم الجارية المأمور) أنهما يتحالفان، فإذا تحالف نقض ملك الآمر، ولزمت الجارية المأمور.

---

(١) في الأصل: (و)، والمثبت من النسخة الثانية.

وَقَبْلَهُ أَجْنَبِيٌّ عَنْ المُوَكِّلِ، إِذْ لَمْ يَجْرِ بَيْنَهُمَا بَيْعٌ فَلَا يُصَدَّقُ عَلَيْهِ فَيَبْقَى الخِلَافُ، وَهَذَا قَوْلُ الإِمَامِ أَبِي مَنْصُورٍ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ أَظْهَرُ.

فَصْلٌ فِي التَّوْكِيلِ بِشِرَاءِ نَفْسِ العَبْدِ

قَالَ: (وَإِذَا قَالَ العَبْدُ لِرَجُلٍ: اشْتَرِ لِي نَفْسِي مِن المَوْلَى بِأَلْفٍ، وَدَفَعَهَا إِلَيْهِ، فَإِنْ قَالَ الرَّجُلُ لِلْمَوْلَى: اشتريتُه لِنَفْسِهِ، فَبَاعَهُ عَلَى هَذَا فَهُوَ الوجه حُرٌّ، وَالوَلَاءُ لِلْمَوْلَى)؛ لِأَنَّ بَيْعَ نَفْسِ العَبْدِ مِنهُ إِعْتَاقٌ، وَشِرَاءُ العَبْدِ نَفْسَهُ قَبُولُ الإِعْتَاقِ بِبَدَلٍ،

وقوله: **(والبائع بعد استيفاء الثمن)**(١) إلى آخره: جواب عن قول أبي جعفر أنه ارتفع الخلاف بتصادقهما، فقال: بعد استيفاء الثمن صار أجنبيًّا، ولم يبق له معهما شغل. **(وقبله)** أي: استيفاء الثمن **(أجنبي عن الموكل؛ إذ لم يَجْرِ بينهما)** أي: بين الموكل والبائع من الوكيل **(بيع فلا يصدق)** أي: البائع **(عليه)** أي: على الموكل **(فيبقى الخلاف)** أي: بين الآمر والمأمور.

(وهو أظهر) أي: قول أبي منصور أظهر، أي: أصح.

وفي الكافي: هو الصحيح. وفي جامع قاضي خان: قول أبي جعفر أصح.

وقال الإمام المحبوبي في جامعه بعد هذا: هذا إذا تصادقا على الثمن عند التوكيل، وإن اختلفا فقال الوكيل: أمرني بالشراء بألف، وقال الآمر: بخمسمائة فالقول للآمر، وبه قالت الأئمة الثلاثة، ويلزم العبد الوكيل دون الآمر؛ لأن الأمر يستفاد من جهته، فكان القول له.

ولو أقاما البينة فبينة الوكيل أولى؛ لما فيها من زيادة الإثبات، والله سبحانه أعلم.

فَصْلٌ فِي التَّوْكِيلِ بِشِرَاءِ نَفْسِ الْعَبْدِ

لما ذكر مسائل التوكيل بالشراء ألحق التوكيل بشراء العبد نفسه؛ لأنه توكيل بالشراء صورةً، وإعتاقٌ معنًى، وفصله بفصل على حدة؛ لمخالفته التوكيل بالشراء معنًى.

والألف واللام في قوله: **(والتوكيل بشراء نفس العبد)** بدل الإضافة، أي:

---

(١) انظر المتن ص ٦٨٣.

وَالمَأمُورُ سَفِيرٌ عَنْهُ، إِذْ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ الحُقُوقَ، فَصَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَى بِنَفْسِهِ، وَإِذَا كَانَ إِعْتَاقًا أَعْقَبَ الوَلَاءَ (وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْ لِلْمَوْلَى فَهُوَ عَبْدٌ لِلْمُشْتَرِي) لِأَنَّ اللَّفْظَ حَقِيقَةٌ لِلْمُعَاوَضَةِ، وَأَمْكَنَ العَمَلُ بِهَا إِذَا لَمْ يُعَيِّنْ فَيُحَافِظْ عَلَيْهَا. بِخِلَافِ شِرَاءِ العَبْدِ نَفْسَهُ؛ لِأَنَّ المَجَازَ فِيهِ مُتَعَيِّنٌ، وَإِذَا كَانَ مُعَاوَضَةً يَثْبُتُ المِلْكُ لَهُ (وَالأَلْفُ لِلْمَوْلَى)؛ لِأَنَّهُ

إضافة المصدر إلى الفاعل، وهو العبد بالنظر إلى المسألة الأولى، أي: توكيل العبد الأجنبي بشراء نفسه، والأجنبي بالنظر إلى المسألة الثانية، أي: توكيل الأجنبي بشراء نفسه.

قوله: (فإن قال الرجل)[١] أي: الوكيل **(اشتريته)**[٢] أي: العبد **(لنفسه)**[٣] أي: نفس العبد. **(والمأمور سفير عنه)** أي: عن العبد، يعني بمنزلة أن العبد جعله رسولًا، ولا عهدة على الرسول في البيع.

قوله: (وإن لم يعين للمولى) أي: لم يقل الوكيل: اشتريت العبد لنفس العبد.

قوله: (لأن اللفظ) أي: قوله: اشتريت عبدك بكذا موضوع **(حقيقة للمعاوضة)** لا للإعتاق **(وأمكن العمل بها)** أي: بحقيقة اللفظ **(إذا لم يعين)** أي: إذا لم يقل: اشتريت عبدك لأجل عبدك **(فيحافظ عليها)** أي: على المعاوضة.

(بخلاف شراء العبد نفسه) حيث يجعل للإعتاق؛ لتعذر العمل بالمعاوضة، فإنه ليس بأهل أن يملك مالًا، فصار مجازًا عن الإعتاق، أو نفس العبد ليست بمال في حقه حتى يملك ثم يعتق؛ لأنه آدمي في حق نفسه، حتى وجب [٢/٢٣١/أ] الحد والقصاص عليه بإقراره، والمال غير الآدمي خلق لمصالح الآدمي، فلم يمكن العمل بالمعاوضة، فيجعل مجازًا عن الإعتاق، والمُجَوِّز معنَى إزالةِ الملك، فإن البيع يزيل الملك بعوض على أجر، والإعتاق يزيله لا إلى أجر.

قوله: (وإذا كان) أي: شراء الوكيل العبد من غير تعيين للمولى **(معاوضة يثبت الملك له)**.

---

(١) (٢) (٣) انظر المتن ص ٦٨٤.

كَسْبُ عَبْدِهِ (وَعَلَى الْمُشْتَرِي أَلْفٌ مِثْلُهُ) ثَمَنًا لِلْعَبْدِ فَإِنَّهُ فِي ذِمَّتِهِ، حَيْثُ لَمْ يَصِحَّ الأَدَاءُ، بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِشِرَاءِ العَبْدِ مِن غَيْرِهِ، حَيْثُ لَا يُشْتَرَطُ بَيَانُهُ؛ لِأَنَّ العَقْدَيْنِ هُنَاكَ عَلَى نَمَطٍ وَاحِدٍ، وَفِي الحَالَيْنِ المُطَالَبَةُ تَتَوَجَّهُ نَحْوَ العَاقِدِ، أَمَّا هَاهُنَا فَأَحَدُهُمَا إِعْتَاقٌ مُعَقِّبٌ لِلْوَلَاءِ وَلَا مُطَالَبَةَ عَلَى الوَكِيلِ وَالمَوْلَى عَسَاهُ لَا يَرْضَاهُ

وقوله: (ثمنًا) نصب على التمييز. **(فإنه)** أي: الثمن **(في ذمته)** وهو المأمور.

وقوله: **(وعلى المشتري ألف مثله)** ظاهر فيما إذا وقع الشراء للمأمور، أما إذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق، هل تجب على العبد ألف أخرى؟

ذكر في جامع قاضي خان: لم يذكره في الكتاب، ولكن تجب عليه ألف أخرى؛ لأن الأول مال المولى، فلا يصلح بدلًا عن ملكه.

قوله: (بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره) أي: من غير العبد، بأن وكلّ أجنبي أجنبيًّا آخر بشراء العبد من مولاه، فإنه يصير مشتريًا للآمر، سواء أعلم الوكيل البائع أنه اشتراه لغيره أو لم يُعلم، فإن قوله: (اشتريته) كافٍ فيه **(لأن العقدين هناك على نمط واحد)** أي: في حق البائع؛ لأن البائع في كلا الوجهين يطالب الثمن من المشتري؛ إذ المطالبة تتوجه على الوكيل في الوجهين، فلا يحتاج إلى البيان. والنمط: النوع، والطريقة أيضًا.

(أما هاهنا) أي: في صورة توكيل العبد بشراء نفسه.

قوله: (والمولى عساه لا يرضاه) وحق الكلام أن يقول: عساه أن لا يرضى؛ لأن قوله: **(لا يرضاه)** في محل النصب بعسى، ولكن منصوب عسى في معنى [قارَبَ، أو مرفوع عسى في معنى][1] قَرُب، كل واحد منهما مشروط أن تكون (أن) مع الفعل المضارع، كما في قوله تعالى: ﴿فَعَسَى ٱللَّهُ أَن يَأْتِيَ بِٱلْفَتْحِ﴾ **[المائدة:٥٢]** وقوله: ﴿وَعَسَىٰٓ أَن تَكْرَهُوا۟ شَيْـًٔا﴾ **[البقرة:٢١٦]**.

وذكر ضمير الغائب مقام الظاهر أحد المذاهب الثلاثة للفرق، فإنهم يقولون: عساه أن يفعل؛ لما عرف في المفصل.

قوله: (لا يرضاه) أي: لا يرضى المولى الإعتاق؛ لأنه لو عتق، والمولى

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَيَرْغَبُ فِي الْمُعَارَضَةِ الْمَحْضَةِ فَلَا بُدَّ مِن الْبَيَانِ (وَمَنْ قَالَ لِعَبْدٍ، اشْتَرِ لِي نَفْسَكَ مِن مَوْلَاكَ، فَقَالَ لِمَوْلَاهُ: بِعْنِي نَفْسِي لِفُلَانٍ بِكَذَا فَفَعَلَ، فَهُوَ لِلْآمِرِ)؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ يَصْلُحُ وَكِيلًا عَنْ غَيْرِهِ فِي شِرَاءِ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ أَجْنَبِيٌّ عَنْ مَالِيَّتِهِ، وَالْبَيْعُ يُرَدُّ عَلَيْهِ مِن حَيْثُ إِنَّهُ

لا يعلم به يلزم المولى ضررٌ، ولم يرضَ المولى به؛ لأن ولاءه يكون لمولاه، فموجب جنايته تكون أيضًا عليه بحكم الولاء، فتعذر تنفيذه على المولى، وأمكن تنفيذه على الوكيل إذا أطلق الشراء؛ لأن الشراء إذا وجد نفاذًا على العاقد ينفذ عليه، وإذا نفذ عليه يجب الثمن عليه.

ولو بين[1] للمولى أنه يشتريه لنفسه؛ لكن أضاف الشراء لنفسه، ذكر محمد في كتاب الوكالة أن العبد يعتق، والثمن على العبد لا الوكيل، وذكر في وكالة المأذون أن العبد يعتق، والمال على الوكيل، وهكذا في الجامع الكبير، وجب الثمن على الوكيل، والوكيل يرجع به على العبد.

وجه رواية الجامع: أن توكله بشراء العبد للعبد كتوكله بشراء العبد لغير العبد، وهناك يصير هو المطالب بتسليم الثمن، فكذا هذا.

وعن عيسى بن أبان: الصحيح أن الثمن على العبد؛ لأن الوكيل من جانب العبد في العتق سفير ومعبر، فإنه لا يستغني عن إضافة العقد إلى الآمر، وليس من قبض المعقود عليه شيء، فلا تتوجه عليه المطالبة بتسليم البدل، ألا ترى أن المولى لو كان هو الذي أمر الرجل ليبيع نفس العبد من العبد بألف إلى العطاء، فباعه الوكيل بهذه الصفة يجوز البيع، والألف على العبد إلى ذلك الأجل، والذي يلي قبض الألف المولى دون الوكيل! فكذا هاهنا. كذا ذكره المحبوبي.

قوله: (لأن العبد يصلح وكيلًا عن غيره في شراء نفسه)، وبه قال الشافعي في قول، ومالك وأحمد، وقال الشافعي في قول: لا يصلح، فلا يجوز هذا التوكيل؛ لأن يد العبد كيد سيده، فصار كما لو وكله بشراء نفسه من نفسه **(لأنه)** أي: العبد **(أجنبي عن ماليته)** ولهذا لو أقر بماليته لغيره لا يصح، وجواز الشراء باعتبار المالية، وماليته محل صالح للتمليك، فيصح التوكيل، ويجب الثمن على العبد؛ لأنه عاقد، ويرجع على الآمر، والعبد المحجور إذا توكل عن غيره

---

(١) في النسخة الثانية: (نفى).

مَالٌ، إِلَّا أَنَّ مَالِيَّتَهُ فِي يَدِهِ حَتَّى لَا يَمْلِكَ البَائِعُ الحَبْسَ بَعْدَ البَيْعِ، فَإِذَا أَضَافَهُ إِلَى الآمِرِ صَلَحَ فِعْلُهُ امْتِثَالًا فَيَقَعُ العَقْدُ لِلْآمِرِ.

(وَإِنْ عَقَدَ لِنَفْسِهِ فَهُوَ حُرٌّ)؛ لِأَنَّهُ إِعْتَاقٌ وَقَدْ رَضِيَ بِهِ المَوْلَى دُونَ المُعَاوَضَةِ، وَالعَبْدُ وَإِنْ كَانَ وَكِيلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ مُعَيَّنٍ، وَلَكِنَّهُ أَتَى بِجِنْسِ تَصَرُّفٍ آخَرَ وَفِي مِثْلِهِ يَنْفُذُ عَلَى الوَكِيلِ (وَكَذَا لَوْ قَالَ: بِعْنِي نَفْسِي وَلَمْ يَقُلْ: لِفُلَانٍ، فَهُوَ حُرٌّ)؛ لِأَنَّ

بالشراء لا ترجع الحقوق إليه، إلا أنه زال الحجر هنا بالعقد الذي باشره مقترنًا بإذن المولى.

وقال شمس الأئمة: صحة توكيله باعتبار أنه مخاطب وله عبارة ملزمة، كالحد، وإنما يصلح الحر وكيلًا بالشراء باعتبار أن له عبارة صحيحة، فكذا العبد، وإنما قيد بقوله: **(بعني نفسي لفلان)** فباعه مولاه يكون البيع للعبد، فيعتق.

بخلاف غير العبد إذا توكل بشرائه، ولم يقل: (بعني لفلان) [٢/ ٢٣١/ ب] فباعه منه يصير الوكيل مشتريًا لفلان في الصورتين لا لنفسه؛ لأن الوكيل إذا كان أجنبيًّا فلا فرق بين شرائه لنفسه وبين شرائه لغيره في حق البائع، أما لو كان الوكيلُ هو العبدَ فشراؤه لغيره في حق البائع بيع، وشراؤه لنفسه في حق البائع إعتاق، فإذا كان كذلك، فإذا أطلق العبد الشراء ولم يقل: (بعني لفلان) يحتمل أن يكون بيعًا، ويحتمل أن يكون إعتاقًا، فلا يكون امتثالًا بالشك، فشرطت الإضافة إلى الموكل، ولأنه لما احتملهما، فيحمل الإطلاق على شراء نفسه لنفسه؛ إذ الظاهر أن العبد يشتري نفسه لنفسه، فيحمل على الظاهر.

بخلاف الأجنبي فإنه شراء في الصورتين، فلما وقع شراء يكون امتثالًا، أو نقول: عند الإطلاق يجب أن يكون إعتاقًا؛ لأن المولى إذا باع نفسه منه إنما يبيع ليكون الولاء له، وعلى تقدير وقوعه شراء يكون الملك للموكل، فيفوت هذا الغرض. كذا في شرح الجامع.

فإن قيل: عند الإطلاق ينبغي أن يقع الشراء للموكل؛ لأن الكلام بحقيقته في الأصل، ولو وقع الشراء للعبد يكون الشراء مجازًا عن الإعتاق، والمجاز لا يعارض الحقيقة.

قلنا: عارضت جهةَ الحقيقة جهةُ أصالة أخرى، وهي أن الأصل أن تصرف الإنسان أن يقع لنفسه، فرجحنا هذه الجهة بحسب مقصود البائع ظاهرًا، وهو

الْمُطْلَقَ يَحْتَمِلُ الْوَجْهَيْنِ، فَلَا يَقَعُ امْتِثَالًا بِالشَّكِّ فَيَبْقَى التَّصَرُّفُ وَاقِعًا لِنَفْسِهِ.

ألا يَفُوتَ ولاء العبد منه، وفيه نوع تأمل.

وقيل: لما وقع التعارض بين الأصلين رجحنا جانب الإعتاق؛ لأنه مندوب إليه، والمعارضة[1] مباحة، وفيه نوع تأمل.

وفي الفوائد الظهيرية: فإن قيل: العبد هنا وكيل بشراء شيء بعينه، لا يملك الشراء لنفسه، خصوصًا في فصل الإطلاق أولى ألا يقع لنفسه.

قلنا: هذا هكذا إذا لم يتنوع التصرف بأن كل واحد منهما شراء، أما هاهنا في حق العبد إعتاق، وفي حق الوكيل شراء، ولهذا لو باع نفس العبد من العبد ومن أجنبي بطل البيع من الأجنبي؛ لكونه جمعًا بين البيع والإعتاق، والشيخ بقوله: **(والعبد وإن كان وكيلًا بشراء نفسه)**[2] إلى آخره، أشار إلى جواب هذه الشبهة.

قوله: (إلا أن ماليته في يده)[3] استثناء عن **قوله: (لأنه أجنبي عن ماليته)**[4] حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع؛ لاستيفاء الثمن؛ لأن ماليته في يده لكونه مأذونًا له، كالمودَع إذا اشترى الوديعة وهي في يده لم يكن للبائع حبسه؛ لاستيفاء الثمن.

ثم الموجود من العبد بتقدير الإضافة إلى الموكل إنما يفيد الملك للموكل إذا وجد الإيجاب من المولى والقبول من العبد، حتى لو قال العبد: بعني نفسي لفلان، فقال: بعت، إنما يتم البيع بقول العبد بعد ذلك: قبلت، أما لو وقع الشراء للعبد يتم العقد بقول المولى: بعت مسبوقًا بقول العبد: بعني نفسي، كذا في الجامع؛ بناء على أن الواحد يتولى طرفي الإعتاق على مال إذا كان المال مقدرًا، ولا يتولى طرفي البيع وإن كان المال مقدرًا، وفي الكتاب إشارة إلى أنه يتم بقول المولى: بعت؛ لأنه قال ففعل. كذا في الفوائد الظهيرية، وذكر التمرتاشي مثله.

قوله: (وفي مثله ينفذ على الوكيل)[5] لما ذكرنا في مسألة الوكيل بشراء

---

(١) في النسخة الثانية: (المعاوضة).
(٢) (٣) انظر المتن ص ٦٨٨.
(٤) انظر المتن ص ٦٨٧.
(٥) انظر المتن ص ٦٨٨.

فَصْلٌ فِي البَيْعِ

قَالَ: (وَالوَكِيلُ بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَعْقِدَ مَعَ أَبِيهِ وَجَدِّهِ وَمَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَجُوزُ بَيْعُهُ مِنْهُمْ بِمِثْلِ القِيمَةِ إِلَّا مِن عَبْدِهِ أَوْ مُكَاتَبِهِ)(*) ....

شيء بعينه إذا خالف في الثمن لا إلى خير، أو خالف إلى جنس آخر غير الذي سماه الموكل يقع الشراء لنفسه لا للموكل.

فَصْلٌ فِي الْبَيْعِ

لما فرغ من بيان أحكام التوكيل بالشراء، وهو للإثبات، شرع في بيان أحكام التوكيل بالبيع، وهو للإزالة؛ لما أن الإزالة بعد الإثبات وجودًا بالنظر إلى كونه إثباتًا، وفيه نوع تأمل.

قوله: (ومن لا تقبل شهادته له) من أقاربه **(عند أبي حنيفة)** وبه قال الشافعي في قول، وأحمد في وجه. **(وقالا)** أي: أبو يوسف ومحمد **(يجوز بيعه منهم)** أي: من الأقارب التي لا تقبل شهادته لهم **(بمثل القيمة)** وبه قال الشافعي في الأصح، ومالك وأحمد.

وقوله: **(إلا من عبده ومكاتبه)** فإنه لا يجوز عندهما أيضًا؛ لأن البيع إلى هؤلاء كالبيع من نفسه، فلا يجوز.

وقيد في المبسوط بقوله: إلا من عبده الذي لا دين عليه؛ لأن كسبه ملك مولاه، فبيعه منه كبيعه من نفسه، فكان فيه إشارة إلى أنه إذا كان عليه دين يجوز في تعميم المشيئة.

ثم الوكيل بالبيع لا يجوز أن يبيعه من نفسه عندنا والشافعي [٢/ ٢٣٢/أ] وأحمد في ظاهر مذهبه، وعن أحمد في رواية: يجوز، وبه قال مالك والأوزاعي إذا لم يُحابِ؛ لعدم التهمة، وقلنا: لو جاز يؤدي إلى تضادِّ الأحكام، فإنه يكون مُستزيدًا ومُستنقِصًا، أيضًا ومُخاصِمًا في العيب ومُخاصَمًا، وفيه من التضاد ما لا يخفى.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

....

وفي المبسوط[١]: المراد من عدم الجواز في البيع إلى هؤلاء عند أبي حنيفة في مطلق الوكالة، أما لو قيد الوكالة بتعميم المشيئة، بأن قال: بِعْ ممن شئتَ يجوز بيعه من هؤلاء بلا خلاف، بخلاف البيع من نفسه أو من ابن صغير له، حيث لا يجوز وإن قيد بتعميم المشيئة؛ لما ذكرنا أنه يؤدي إلى التضاد.

فإن قيل: يشكل على أبي حنيفة بيع المضارب من هؤلاء بمثل القيمة، حيث يجوز، سواء ظهر الربح أو لا، والمضارب قبل ظهور الربح وكيل. ذكره في مضاربة المبسوط.

قلنا: قال بعض مشايخنا: عدم الجواز عنده مطلقًا على ما إذا باعه بالعين، أما البيع بمثل القيمة فجائز في الفصلين، أي: الوكالة والمضاربة.

وبعضهم قالوا: لا يجوز في الوكالة، ويجوز في المضاربة بمثل القيمة من هؤلاء.

والفرق أن المضارب كالمتصرف لنفسه من وجه، ألا ترى أنه لا يجوز نَهْيُهُ عن التصرف بعدما صار المال عُروضًا، وأنه شريكه في الربح، فلا تلحقه التُّهَمَة في البيع بمثل القيمة من هؤلاء؛ لأنه إيثار في العين دون المالية، وفي العين هو كالمتصرف لنفسه.

بخلاف البيع بالغبن؛ لأنه إيثار في شيء من المالية، وهو في ذلك نائب محض، أما الوكيل فنائب في العين والمالية جميعًا، فلا يجوز بيعه من هؤلاء بمثل القيمة؛ للتُّهَمَة.

وحاصله: أن المضارب أَعَمُّ تصرفًا، فإنه قد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نَهْيَهُ، وقد يكون نائبًا محضًا؛ فلشبهِهِ بالمستبد بالتصرف جَوَّزْنا بيعه من هؤلاء بمثل القيمة، ولشبهه بالنائب لا يجوز بيعه من هؤلاء بغبن يسير.

أما الوكيل نائب محض، فيكون متهمًا في تصرفه. كذا في المبسوط[٢].

وتخصيص قولهما بمثل القيمة إشارة إلى أنه لا يجوز بغبن يسير، وإلا لم يكن للتخصيص بمثل القيمة فائدة.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/ ٣٣).

(٢) المبسوط للسرخسي (٢٢/ ٥٨).

لِأَنَّ التَّوْكِيلَ مُطْلَقٌ وَلَا تُهْمَةَ، إِذْ الأَمْلَاكُ مُتَبَايِنَةٌ وَالمَنَافِعُ مُنْقَطِعَةٌ، بِخِلَافِ العَبْدِ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ مِن نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ مَا فِي يَدِ العَبْدِ لِلْمَوْلَى وَكَذَا لِلْمَوْلَى حَقٌّ فِي كَسْبِ المُكَاتَبِ وَيَنْقَلِبُ حَقِيقَةً بِالعَجْزِ. وَلَهُ: أَنَّ مَوَاضِعَ التُّهْمَةِ مُسْتَثْنَاةٌ عَنْ الوَكَالَاتِ، وَهَذَا مَوْضِعُ التُّهْمَةِ بِدَلِيلِ عَدَمِ قَبُولِ الشَّهَادَةِ، وَلِأَنَّ المَنَافِعَ بَيْنَهُمْ مُتَّصِلَةٌ فَصَارَ بَيْعًا مِن نَفْسِهِ مِن وَجْهٍ، ....

ولكن ذكر في الذخيرة أنه يجوز بيعه من هؤلاء بالغبن اليسير؛ لأن اليسير ملحق بالقيمة، وقال فيها: لو باع من هؤلاء بأكثر من القيمة يجوز بلا خلاف، وبالغبن الفاحش لا يجوز بلا خلاف، وبالغبن اليسير يجوز عندهما، ولا يجوز عنده، وبمثل القيمة عن أبي حنيفة روايتان: في رواية الوكالة والبيوع: لا يجوز، وفي رواية المضاربة: يجوز.

وبيع المضارب وشراؤه منهم بأقل من القيمة لا يجوز بلا خلاف، وبأكبر من القيمة يجوز بلا خلاف، وبمثل القيمة يجوز عندهما، وكذا عند أبي حنيفة باتفاق الروايات، فأبو حنيفة فرق بين المضارب والوكيل، وقد ذكرناه.

قوله: (**ولا تُهَمَة**) أي: في البيع بمثل القيمة، نفي التُّهَمَة من حيث المالية.

وقوله: (**والأملاك متباينة، والمنافع منقطعة**) [نفي لتهمة إيثار العين، وكان هذا جوابًا عن قول أبي حنيفة: إن في البيع بمثل القيمة تهمة إيثار العين، فلما كانت المنافع منقطعة][(١)] لم يكن الوكيل منتفعًا بذلك العين، فلا يورث التهمة، ولما انتفت التُّهَمَة في بيعه بمثل القيمة من حيث إيثار العين، ومن حيث المالية، فيجوز، كالبيع من الأجنبي.

والدليل على تباين الأملاك حل وطء الابن جاريتَهُ، ولو لم يكن ملكه متباينًا عن ملك أبيه لما حل، كوطء جارية مشتركة، ولا يحل له وطء جارية أبيه؛ لتباين ملك أبيه عن ملكه.

قوله: ولهذا (**لا تقبل الشهادة**) أي: فيما بينهم؛ لتهمة الانتفاع بمال

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَالإِجَارَةُ وَالصَّرْفُ عَلَى هَذَا الخِلَافِ. قَالَ: (وَالوَكِيلُ بِالبَيْعِ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِالقَلِيلِ وَالكَثِيرِ وَالعَرَضَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِنُقْصَانٍ لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ، وَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ)(*)؛ لِأَنَّ مُطْلَقَ الأَمْرِ يَتَقَيَّدُ بِالمُتَعَارَفِ؛ لِأَنَّ التَّصَرُّفَاتِ لِدَفْعِ الحَاجَاتِ فَتَتَقَيَّدُ بِمَوَاقِعِهَا، وَالمُتَعَارَفُ البَيْعُ بِثَمَنِ المِثْلِ وَبِالنُّقُودِ، وَلِهَذَا: ....

الآخر، فصار مال كل واحد منهما كمال صاحبه من وجه، وفي البيع إخراج وإدخال من الجانبين، وفي البيع من هؤلاء إخراج إلى نفسه من وجه، فلا يجوز.

وأما قولهما: إن الأملاك متباينة.

قلنا: قدر ذلك التباين لما لم يؤثر في قبول الشهادة علمنا أن ذلك القدرَ وجودُه كعدمِه في مواضع التُّهَمَة.

قوله: (والإجارة والصرف على هذا الخلاف) وإنما خصهما بالذكر؛ لأن شرعية الإجارة مخالفة للقياس؛ لأنه بيعُ معدوم، فيزداد انتفاء شرعيتهما مع هؤلاء، وكذا عقد الصرف على شرائط كان يجبُ ألا يجوز مع هؤلاء، فتبين أنهما على الاختلاف، كذا قيل، والسلم على هذا الاختلاف أيضًا.

وفي الكافي: ولو اشترى من هؤلاء عينًا بثمن معلوم، وأراد بيعه مرابحة لم يجز بلا بيان عنده، خلافًا لهما، بناءً على هذا الأصل.

قوله: (والوكيل بالبيع) [٢/ ٢٣٢/ ب] إلى قوله: **(عند أبي حنيفة)**، لقب هذه المسألة الوكيل بالبيع مطلقًا يملك البيع بما عزَّ وهان، وبأي ثمن كان، وأي أجل كان، متعارفًا وغير متعارف.

وقالا: يجوز بالغبن اليسير، وبالدراهم والدنانير، وبالأجل المتعارف.

وقال الشافعي ومالك وأحمد: بثمن المثل، وبنقد البلد، فإن كان النقود مختلفة يعتبر الأغلب، ولا بيع إلا حالًّا؛ لأن المطلق يتقيد بالمتعارف الغالب، وهو البيع حالًّا وبنقد البلد، وإن استويا باع بما هو أنفع للموكل، وإن استويا يخير على المشهور.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

يَتَقَيَّدُ التَّوْكِيلُ بِشِرَاءِ الفَحْمِ وَالجُمْدِ وَالأُضْحِيَّةِ بِزَمَانِ الحَاجَةِ، وَلِأَنَّ البَيْعَ بِغَبْنٍ

وقال صاحب التهذيب: ينبغي ألا يصح التوكيل ما لم يبين، كما لو باع وفي البلد نقدان مستويان، لا يصح حتى يقيد بأحدهما. كذا في شرح الوجيز[(١)].

وفي الذخيرة: إذا باع بأجل متعارف فيما بين الناس في تلك السلعة، بأن باع مثلًا إلى خمسين سنة وما أشبه ذلك؛ فعند أبي حنيفة يجوز، وعندهما لا يجوز، ثم قال: إنما يجوز البيع بالنسيئة إذا لم يكن في اللفظ ما يدل على البيع بالنقد، أما إذا كان لا يجوز، وذلك نحو أن يقول: بِعْهُ واقضِ ديني، أو قال: بعه فإن الغرماء يلازمونني، أو قال: بعه فإني أحتاج إلى نفقة عيالي، ففي هذه الصور لا يجوز بيعه نسيئة بالاتفاق.

قوله: (يتقيد بشراء الفحم) وفي بعض النسخ: **(اللحم)** ولكن الفحم أليق؛ لِقِران **قوله: (بزمان الحاجة)** إذ كل الأزمان زمان الحاجة [إلى][(٢)] اللحم.

والجَمْدُ، بسكون الميم لا غير: هو ما جمد من الماء، فكان فيه تسمية للاسم بالمصدر. كذا في الصحاح[(٣)] والديوان.

وفي فتاوى قاضي خان: وكله بشراء الأضحية والفحم والجمد يتقيد بشراء الأضحية في تلك السنة لا السنة الثانية، وكذا شراء الجمد يتقيد بأيام الصيف في تلك السنة لا السنة الثانية، وقيل: هذا قولهما، أما على قول أبي حنيفة لا يتقيد؛ لأنه يعتبر لإطلاق اللفظ[(٤)].

ولو وكله بشراء اللحم يدخل لحم الضأن والإبل والبقر، وقيل: إن كان الآمر غريبًا ينصرف إلى المطبوخ، ولا تدخل الكرش والبطون والأكباد والرؤوس والأكارع ولحم القديد ولحم الطيور والوحوش، وكذا لا تدخل الشاة حيةً، أو مذبوحةً غيرَ مسلوخة، ولو اشترى مسلوخة تلزم الآمر إلا أن يكون المدفوع قليلًا.

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٥/ ٢٢٤).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٢/ ٤٥٩).
(٤) فتاوى قاضي خان (٣/ ١٧).

فَاحِشٍ بَيْعٌ مِن وَجْهٍ، هِبَةٌ مِن وَجْهٍ، وَكَذَا الْمُقَايَضَةُ بَيْعٌ مِن وَجْهٍ شِرَاءٌ مِن وَجْهٍ فَلَا يَتَنَاوَلُهُ مُطْلَقُ اسْمِ الْبَيْعِ، وَلِهَذَا: لَا يَمْلِكُهُ الْأَبُ وَالْوَصِيُّ. وَلَهُ: أَنَّ التَّوْكِيلَ بِالْبَيْعِ مُطْلَقٌ فَيَجْرِي عَلَى إِطْلَاقِهِ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ التُّهَمَةِ، ....

وفي الإيضاح: فاللحم يقع على لحم الضأن والمعز وما يشترى، ويدخل لحم البقر والإبل إذا جرت العادة بذلك، ولا يدخل اللحم القديد؛ لأنه لا يباع في الأسواق عادة، وعند الأئمة الثلاثة يقع على ما يباع في العادة في الأكل.

قوله: (**وهبةٌ من وجهٍ**) ألا ترى أنه [لو باع][١] المريض بالغبن الفاحش يعتبر من الثلث، والأب والوصي لا يملكان البيع بالغبن الفاحش، وهو وكيل بالبيع دون الهبة، (**وكذا المقايضة**) أي: البيع بالعرض (**بيع من وجه شراء من وجه**) وهو وكيل بالبيع لا بالشراء.

قوله: (**وله**) أي: لأبي حنيفة أنه مأمور (**بالبيع المطلق**) وقد أتى به خاليًا من التهمة، وهذا لأن البيع مبادلة مال بمال، وذا موجود في البيع بالعرض، كما في البيع بالنقد، وبتضمنه الشراء لا يخرج من كونه بيعًا مطلقًا؛ لأن تضمن الشراء في جانب العرض لا في جانب المبيع، وأمره كان باعتبار المبيع، والعقد فيه مطلق.

وكذا البيع بالغبن الفاحش بيع من كل وجه، فما من جزء من المبيع إلا ويقابله جزء من الثمن، ولهذا يستحق الكل بالشفعة، والشفعة في الهبة لا تثبت، ولهذا لو حلف: لا تبيع، فباع بالغبن الفاحش يحنث، وكما يراعى العرف في الوكالات يراعى في الأيمان، ثم جعل هذا بيعًا مطلقًا في الثمن، فكذا في الوكالة.

فإن قيل: لا يلزم من جريان العرف في اليمين في [نوع][٢] جريانُه في الوكالة، فإنه لو حلف لا يأكل لحمًا فأكل اللحم القديد يحنث، وفي الشراء لا يقع من الآمر، فعلم أن العرف قد يختلف بين اليمين والوكالة.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَالبَيْعُ بِالغَبْنِ أَوْ بِالعَيْنِ مُتَعَارَفٌ عِنْدَ شِدَّةِ الحَاجَةِ إِلَى الثَّمَنِ وَالتَّبَرُّمِ مِن العَيْنِ، وَالمَسَائِلُ مَمْنُوعَةٌ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀ عَلَى مَا هُوَ المَرْوِيُّ عَنْهُ، وَأَنَّهُ بَيْعٌ مِن كُلِّ وَجْهٍ، حَتَّى أَنَّ مَنْ حَلَفَ لَا يَبِيعُ يَحْنَثُ بِهِ، غَيْرَ أَنَّ الأَبَ وَالوَصِيَّ لَا يَمْلِكَانِهِ مَعَ أَنَّهُ بَيْعٌ؛ لِأَنَّ وِلَايَتَهُمَا نَظَرِيَّةٌ وَلَا نَظَر فِيهِ، وَالمُقَايَضَةُ شِرَاءٌ مِن كُلِّ وَجْهٍ وَبَيْعٌ مِن كُلِّ وَجْهٍ لِوُجُودِ حَدِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا.

قلنا: التوكيل بشراء اللحم يقع على لحم يباع في الأسواق، والقديد لا يباع، أما الأكل متعارف في الكل.

وأجاب في الأسرار عما تمسكا بمحاباة المريض: أن المحاباة لا تعتبر هبة بشيء من المبيع الذي تعلق الآمر به، بل يعتبر بالثمن، ألا ترى أنه لو حابى ومات ولا يخرج من الثلث قيل: للمشتري إما أن يرتد إلى الثلث وإما أن يَرُدَّه[1]، ولا يلزمه رد[2] المبيع حتمًا، والأب والوصي مأمور أن يبيع بصفة النظر لا بمطلق البيع.

وقوله: **(والبيع بالغبن [٢/ ٢٣٣/أ] أو العين)** إلى آخره: جواب عن قولهما، فلما كان متعارفًا كان العرف مشتركًا، فلا يصلح حجة لأحدهما.

في المبسوط: العرف مشترك، فقد يبيع الشيء بالغبن الفاحش للتبرم[3] منه، وفي هذا لا يبالي بقلة الثمن وكثرته، وقد يبيعه للاسترباح قصدًا، فعند الإطلاق لا يترجح أحد المقصودين من غير دليل.

قوله: (والمسائل ممنوعة) يعني هذه المسائل مروية عن أبي يوسف، فأما عند أبي حنيفة فيعتبر الإطلاق، ولئن سلم فهذا مطلقٌ في حق الوقت لا عامٌّ، فلا يتناول إلا واحدًا، وقد صار المتعارف مرادًا فلم يبقَ غيره مرادًا، فأما هذا عامٌّ.

قوله: (والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه) جواب عن قولهما أيضًا.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٤/ ٧٤).
(٢) بعدها في النسخة الثانية: (بعض).
(٣) في المبسوط (١٢/ ٢١٤): تَبَرِّيًا.

قَالَ: (وَالوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ يَجُوزُ عَقْدُهُ بِمِثْلِ القِيمَةِ وَزِيَادَةٍ يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهَا، وَلَا يَجُوزُ بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ) لِأَنَّ التُّهْمَةَ فِيهِ مُتَحَقِّقَةٌ فَلَعَلَّهُ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ،

فإن قيل: فمن المحال أن يوصف الشيء الواحد بصفة وبضدها في حالة واحدة.

قلنا: إنما كان محالًا إذا كان ذلك بجهة واحدة، وليس كذلك، فإنه بيع من كل وجه بالنسبة إلى غرض نفسه، وشراء بالنسبة إلى غرض صاحبه.

ولا يقال: بدخول البائعين الثمنية؛ لأن الباء تدخل الأثمان، لأنا نقول: هذا في المكيلات والموزونات من غير الدراهم والدنانير؛ إذ الدراهم والدنانير يتعينان للثمنية حلت الباء عليهما أو لا، أما المكيلات والموزونات إذا كانت غير متعينة تتعين للثمنية، سواء حلت الباء على أحدهما أو لا. إليه أشار في الذخيرة.

فإن قيل: لو كان بيع المقايضة شراء من كل وجه، فمِن أيِّ وجه رجح أبو حنيفة جانب البيع؟

قلنا: ذكر في المبسوط[1]: جانب البيع يرجح على جانب الشراء في البيع بالعرض، ألا ترى أن أحد المضاربين إذا اشترى بغير إذن صاحبه كان مشتريًا لنفسه، ولو باع بغير إذن صاحبه شيئًا من مال المضاربة توقف على إجازة صاحبه! فإنه باعه بعرض يتوقف أيضًا، حتى لو أجاز صاحبه كان تصرفه على المضاربة والشراء لا يتوقف، ولأنه بنسبة ذاته مبيع، وتصرف الوكيل يقع بالنسبة إلى ذاته.

قوله: (**ولا يجوز بما لا يتغابن [الناس]**[2] **في مثله**) أي: بالغبن الفاحش، ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة.

قوله: (**لأن التُّهَمَة فيه**) أي: في هذا الشراء (**متحققة**) كما ذكر في المتن، والتهمة معتبرة في باب الوكالة، ألا ترى أن الوكيل بالبيع لا يبيع من أبيه أو ابنه؛ للتهمة!

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٢١٥).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَإِذَا لَمْ يُوَافِقْهُ أَلْحَقَهُ بِغَيْرِهِ عَلَى مَا مَرَّ، حَتَّى لَوْ كَانَ وَكِيلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ قَالُوا: يَنْفُذُ عَلَى الآمِرِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ شِرَاءَهُ لِنَفْسِهِ، وَكَذَا الوَكِيلُ بِالنِّكَاحِ إِذَا زَوَّجَهُ امْرَأَةً بِأَكْثَرَ مِن مَهْرِ مِثْلِهَا جَازَ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِن الإِضَافَةِ إِلَى المُوَكِّلِ فِي العَقْدِ فَلَا تَتَمَكَّنُ هَذِهِ التُّهْمَةُ، وَلَا كَذَلِكَ الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ؛ لِأَنَّهُ يُطْلِقُ العَقْدَ.

وفي المبسوط[١]: والفرق لأبي حنيفة أن الشراء يستوجب الثمن في ذمة الوكيل، ويوجب لنفسه مثله في ذمة الآمر، والإنسان متهم في حق نفسه، فلا يملك أن يلزم الآمر بالثمن ما لم يدخل في ملكه بإزائه ما يَعْدِلُهُ، ولهذا لو قال: اشتريت وقبضت وهلك في يدي، فهات الثمن لم يقبل قوله، بخلاف الوكيل بالبيع، فإنه لو قال: بعت وقبضت الثمن فهلك ـ كان القول قوله.

ولأن الأمر بالشراء يلاقي ملك الغير، وليس للإنسان ولاية مطلقة في ملك الغير، فلا يعتبر إطلاق أمره فيه، بخلاف البيع، فإن أمره يلاقي ملك نفسه، وله في ملك نفسه ولاية مطلقة.

ولأن اعتبار العموم والإطلاق غير ممكن؛ لأنه لو اعتبر ذلك له أن يشتري ذلك المتاع بجميع ما يملكه الآمر وبما لا يملكه من المال، ونحن نعلم أنه لا يقصد ذلك، فحملناه على أخص الخصوص، وهو الشراء بالنقد بغبن يسير، وفي جانب البيع اعتبار العموم والإطلاق ممكن؛ لأنه لا يسلط به على شيء من ماله سوى المبيع الذي رضي ببيعه.

قوله: **(قالوا: ينفذ)** الشراء **(على الآمر)** وإن كان بغبن فاحش؛ لعدم التهمة؛ إذ لا يملك الوكيل أن يشتريه لنفسه، على ما مر.

ثم **قوله**: **(قالوا)** يحتمل أن يريد به عامة المشايخ، فإنه ذكر في الذخيرة: أما الوكيل بشراء شيء بعينه فلا نص فيه، وقد اختلف المشايخ فيه؛ قال بعضهم: يُتحمَّل فيه اليسير دون الفاحش، وقال بعضهم: لا يُتحمَّل فيه اليسير أيضًا.

قوله: **(لأنه)** أي: الوكيل **(يطلق العقد)** أي: لا يضيفه إلى الآمر فيقول: اشتريت، ولا يقول: اشتريت لفلان.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٢/ ٢١٥).

قَالَ: (وَالَّذِي لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ مَا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ، وَقِيلَ: فِي الْعُرُوضِ "دَهْ نيم" وَفِي الْحَيَوَانَاتِ "دَهْ يازده" وَفِي الْعَقَارَاتِ "دَهْ دوازده") لِأَنَّ التَّصَرُّفَ يَكْثُرُ وُجُودُهُ فِي الْأَوَّلِ، وَيَقِلُّ فِي الْأَخِيرِ، وَيَتَوَسَّطُ فِي الْأَوْسَطِ، وَكَثْرَةُ الْغَبْنِ لِقِلَّةِ التَّصَرُّفِ.

قَالَ: (وَإِذَا وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدٍ له، فَبَاعَ نِصْفَهُ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ

قوله: (**وقيل في العروض**) إلى آخره، هذا بيان الغبن اليسير، فكان **قوله**: (**وقيل**) معطوفًا على ما تَضَمَّنَ.

قولُه: (**ما لا يدخل تحت تقويم المقومين**) يعني إذا كان الغبن الفاحش ما لا يدخل؛ كان ما يدخل تحت تقويمهم يسيرًا.

وإنما وقع التفاوت؛ [٢/ ٢٣٣/ب] لأن التصرف يكثر وجوده في العروض، ويقل في العقار، فما وقعت المعاملة فيه كثيرة كانت التجربة فيها أوقع فيما يرجع إلى الغبن والربح، فكان التاجر بحالها أَعْرَفَ، فيقل الغبن فيها كذلك، وفي الحيوان بين الأمرين، وكلما كثر التصرف قل الغبن، وكلما قل التصرف كثر الغبن؛ لقلة الممارسة.

وفي الذخيرة: قال شيخ الإسلام في جامعه: تكلموا في الحد الفاصل بين اليسير والفاحش، والصحيح عن محمد في النوادر: كل ما يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير، وما لا يدخل فهو فاحش، ثم قال شيخ الإسلام: هذا التحديد فيما لم يكن له قيمة معلومة في البلدة، كالعبيد والدواب وغيرهم، فأما ما له قيمة معلومة، كالخبز واللحم وغيرهما، فزاد الوكيل بالشراء لا ينفذ على الموكل وإن كانت الزيادة قليلًا، كالفلس ونحوه؛ لأن هذا مما لا يدخل تحت تقويم المقومين، وإنما يدخل تحت تقويمهم ما يحتاج فيه إلى تقويمهم، وهاهنا لا يحتاج، فلا يدخل.

قوله: (**وكله ببيع عبد له**) أي: مطلقًا.

وإنما وضع المسألة في العبد ليرتب عليه هذا الاختلاف المذكور؛ لأنه إذا باع نصف ما وُكِّل ببيعه، وليس في تفريقه ضرر، كالحنطة والشعير يجوز بالاتفاق، ذكره في الإيضاح؛ لأنه ليس في تفريقه ضرر.

مُطْلَقٌ عَنْ قَيْدِ الِافْتِرَاقِ وَالِاجْتِمَاعِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ بَاعَ الكُلَّ بِثَمَنِ النِّصْفِ يَجُوزُ عِنْدَهُ، فَإِذَا بَاعَ النِّصْفَ بِهِ أَوْلَى (وَقَالَا: لَا يَجُوزُ(*))؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ لِمَا فِيهِ مِن ضَرَرِ الشَّرِكَةِ (إِلَّا أَنْ يَبِيعَ النِّصْفَ الآخَرَ قَبْلَ أَنْ يَخْتَصِمَا)؛ لِأَنَّ بَيْعَ النِّصْفِ قَدْ يَقَعُ وَسِيلَةً إِلَى الِامْتِثَالِ بِأَنْ لَا يَجِدَ مَنْ يَشْتَرِيهِ جُمْلَةً فَيَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يُفَرِّقَ، فَإِذَا بَاعَ البَاقِيَ قَبْلَ نَقْضِ البَيْعِ الأَوَّلِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ وَسِيلَةً، وَإِذَا لَمْ يَبِعْ ظَهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَقَعْ وَسِيلَةً فَلَا يَجُوزُ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ عِنْدَهُمَا.

(وَإِنْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ فَاشْتَرَى نِصْفَهُ فَالشِّرَاءُ مَوْقُوفٌ، فَإِنْ اشْتَرَى بَاقِيَهُ لَزِمَ

(إذا باع الكل بثمن النصف يجوز عنده) أي: عند أبي حنيفة، قيد **بقوله: (عنده)** لأنه لا يجوز عندهما؛ لأنه غبن فاحش.

فإن قيل: إنما يجوز بيع الكل بثمن النصف؛ لعدم الشركة، أما في بيع النصف بنصف الثمن تلزم الشركة، وهي عيب في الأعيان، فكان هذا مخالفة إلى الشراء لا الأول.

قلنا: ضرر الشركة أهون من ضرر بيع الكل بنصف الثمن، فلما جاز ذلك على قوله، لَأَنْ يجوزَ هذا ـ وهو أهون ـ أولى، وبقولهما قال الشافعي.

قوله: (وهذا) أي: كون البيع موقوفًا إلى أن يبيع النصف الآخر قبل الخصومة **(استحسان عندهما)** إذ القياس ألا يتوقف لثبوت المخالفة ببيع النصف.

قوله: (فالشراء موقوف) أي: بالاتفاق، وبه قال الشافعي في قول، وأحمد في رواية، وقالا في قول ورواية: لا ينفذ على الآمر؛ لأنه مخالف، ثم عند أبي يوسف؛ إذا أعتقه الآمر جاز، والإعتاق إجازة منه، ولو أعتقه الوكيل لم يجز، وعند محمد لو أعتقه الوكيل جاز، ولو أعتقه الموكل لم يجز؛ لأنه خالف فيما أمر به، والتوقف عليه من حيث إن الخلاف يتوهم رفعه بأن يشتري باقيه فيرتفع الخلاف، فقيل: شراء الباقي يكون مخالفًا، فلا ينفذ إعتاق الآمر. كذا في الإيضاح.

(*) الراجح: قول الصاحبين.

الْمُوَكِّلَ)؛ لِأَنَّ شِرَاءَ الْبَعْضِ قَدْ يَقَعُ وَسِيلَةً إِلَى الِامْتِثَالِ بِأَنْ كَانَ مَوْرُوثًا بَيْنَ جَمَاعَةٍ فَيَحْتَاجُ إِلَى شِرَائِهِ شِقْصًا شِقْصًا، فَإِذَا اشْتَرَى الْبَاقِيَ قَبْلَ رَدِّ الْآمِرِ الْبَيْعَ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ وَسِيلَةً فَيَنْفُذُ عَلَى الْآمِرِ، وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ. وَالْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ فِي الشِّرَاءِ تَتَحَقَّقُ التُّهْمَةُ عَلَى مَا مَرَّ. وَآخَرُ أَنَّ الْأَمْرَ بِالْبَيْعِ يُصَادِفُ مِلْكَهُ فَيَصِحُّ فَيُعْتَبَرُ فِيهِ إِطْلَاقُهُ، وَالْأَمْرُ بِالشِّرَاءِ صَادَفَ مِلْكَ الْغَيْرِ فَلَمْ يَصِحَّ فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّقْيِيدُ وَالْإِطْلَاقُ.

قوله: (على ما مر) إشارة إلى قوله: **(لأن التهمة فيه متحققة)**[1] إلى آخره.

وفي المبسوط[2]: توضيح الفرق على قوله أن صحة الأمر بالشراء بتسمية العبد، ونصف العبد ليس بعبد، فلا يصير ممتثلًا أمر الآمر، إلا أن يشتري ما بقي قبل الخصومة.

فأما في جانب البائع فصحة التوكيل باعتبار ملك العين، وذلك موجود في العين، فيعتبر فيه إطلاقه، فلما اعتبر إطلاق أمره في بيع العبد بملك الوكيل بيعَ كُلِّه وبعضه؛ لأن الإطلاق يتناولهما، بخلاف الأمر بشراء العبد، حيث لم يعتبر في إطلاق الآمر؛ لمصادفته ملك الغير، فيقيد بالمتعارف، والمتعارف فيه شراء العبد جملةً.

وأما وجوب الثمن في ذمة المشتري فذلك بيع في البياعات، فلم يعتبر إطلاق أمره بسبب الثمن في الشراء؛ لأن الثمن تابع وليس بمقصود في البياعات على ما عرف، ولو وكله بالشراء فاشترى بكيلي ووزني في الذمة لا ينفذ على الآمر؛ لأن الأمر بالشراء يتقيد بالمتعارف، وهو الشراء بالأثمان المطلقة، وهي الدراهم والدنانير، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وقال زفر: ينفذ على الآمر؛ لأنه شراء من كل وجه.

ولو وكله بشراء أمة، وسمى جنسها وثمنها، فاشترى شَلَّاءَ أو عمياء نفذ على الآمر عند أبي حنيفة، وعندهما لا، وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لأن شراء العمياء والشلاء غير متعارف، وله أن العرف مشترك، فقد يشتري العمياء ترحمًا عليها وطلبًا لرضا الله تعالى.

---

(١) انظر المتن ص ٦٩٧.

(٢) المبسوط للسرخسي (١٩/ ٤٤).

قَالَ: (وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِبَيْعِ عَبْدِهِ فَبَاعَهُ وَقَبَضَ الثَّمَنَ، أَوْ لَمْ يَقْبِضْ، فَرَدَّهُ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ بِعَيْبٍ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ بِقَضَاءِ الْقَاضِي بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِإِبَاءِ يَمِينٍ أَوْ بِإِقْرَارٍ فَإِنَّهُ يَرُدُّهُ عَلَى الْآمِرِ) لِأَنَّ الْقَاضِيَ تَيَقَّنَ بِحُدُوثِ الْعَيْبِ فِي يَدِ الْبَائِعِ، فَلَمْ يَكُنْ قَضَاؤُهُ مُسْتَنِدًا إِلَى هَذِهِ الْحُجَجِ. وَتَأْوِيلُ اشْتِرَاطِهَا فِي الْكِتَابِ: أَنَّ الْقَاضِيَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا

ولو وكله بشراء هذا العبد بخمسمائة فاشتراه وآخر بضعفه يكون مخالفًا، ويضمن ما دفعه الآمر، وعندهما نفذ على الآمر؛ لأنه لما اشتراهما [٢/ ٢٣٤/ أ] بألف، وقيمتهما سواء ـ انقسم الثمن على قيمتهما نصفين، فيكون مشتريًا للعبد المأمور بخمسمائة، وهو قياس قول الأئمة الثلاثة، وله أن القيمة تعرف بالحَزْر والظن، فلم تثبت الموافقة بيقين، فلا ينفذ على الآمر؛ لوقوع الشك في الامتثال.

ولو أمره بالنكاح ولم يُسَمِّ مهرًا، فزوجه بمهر فيه غبن فاحش ـ جاز عنده؛ لإطلاق الأمر، ولم يجعله كالوكيل بالشراء حتى يتقيد بالعرف؛ لأن في الشراء بالأكثر تهمة كما ذكرنا، ولا تتحقق ذلك التهمة في النكاح؛ لما أنه لا بد في النكاح من إضافة العقد إلى الموكل.

ولو زوج بنته الكبيرة من الآمر لم يجز عنده، خلافًا لهما، وهي كعقد الوكيل مع من ترد شهادته.

قوله: (**بعيب لا يحدث مثله**) كالإصبع الزائدة، والسن الشاغية(١).

قوله: (**فإنه**) أي: الوكيل (**يرده على الآمر**) من غير خصومة؛ إذ الرد [على الوكيل ردٌّ](٢) على الآمر، وإنما يحتاج في صورة الإقرار إلى القضاء؛ لأنه ممكن أن يقر بالعيب ويمتنع عن القبول، فالقاضي يجبره على القبول.

وقوله: (**فلم يكن قضاؤه مستندًا**) إلى آخره: جواب سؤال، يعني لما كان العيب لا يحدث مثله لم يتوقف القضاء إلى هذه الحجج، بل ينبغي أن يقضى بدونها؛ لعلمه قطعًا بوجود العيب عند البائع، **فقال**: (لم [يكن](٣) **قضاؤه مستندًا إلى هذه الحجج، وتأويل اشتراطها في الكتاب**) إلى آخره.

---

(١) والشَّغا: اختلاف نِبتة الأسنان بالطول والقِصَر، والدخول والخروج. القاموس (١/ ١٣٠٠).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية. (٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

يَحْدُثُ مِثْلُهُ فِي مُدَّةِ شَهْرٍ مَثَلًا، لَكِنَّهُ اشْتَبَهَ عَلَيْهِ تَارِيخُ البَيْعِ، فَيَحْتَاجُ إِلَى هَذِهِ الحُجَجِ لِظُهُورِ التَّارِيخِ، أَوْ كَانَ عَيْبًا لَا يَعْرِفُهُ إِلَّا النِّسَاءُ أَوْ الأَطِبَّاءُ، وَقَوْلُهُنَّ وَقَوْلُ الطَّبِيبِ حُجَّةٌ فِي تَوَجُّهِ الخُصُومَةِ لَا فِي الرَّدِّ، فَيَفْتَقِرُ إِلَيْهَا فِي الرَّدِّ، حَتَّى لَوْ كَانَ القَاضِي عَايَنَ البَيْعَ وَالعَيْبُ ظَاهِرٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى شَيْءٍ مِنهَا، وَهُوَ رَدٌّ عَلَى المُوَكِّلِ فَلَا يَحْتَاجُ الوَكِيلُ إِلَى رَدٍّ وَخُصُومَةٍ.

قَالَ: (وَكَذَلِكَ إِنْ رَدَّهُ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ يَحْدُثُ مِثْلُهُ بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِإِبَاءِ يَمِينٍ)؛ لِأَنَّ البَيِّنَةَ حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ، وَالوَكِيلُ مُضْطَرٌّ فِي النُّكُولِ لِبُعْدِ العَيْبِ عَنْ عِلْمِهِ بِاعْتِبَارِ عَدَمِ مُمَارَسَتِهِ المَبِيعَ فَلَزِمَ الآمِرَ.

قوله: (لا يعرفه إلا النساء) كالقَرَن في الفرج ونحوه **(أو الأطباء)** كالدِّقِّ والسعال القديم.

(فيفتقر) أي: القاضي يفتقر إلى الحجج، وهي البينة والإقرار والإباء.

قوله: (لأن البينة حجة مطلقة) أي: مثبتة عند الناس كافة، فيثبت بها قيام العيب عند الموكل، فنفذ الرد على الموكل.

وقوله: **(والوكيل مضطر)** إلى آخره: جواب عن قول زفر، ذكره في المبسوط، فعند زفر: لو رده بنكوله لم يكن له أن يرده على الموكل، كمن اشترى شيئًا وباعه من غيره، ثم المشتري الثاني رده على المشتري الأول بنكوله لم يكن له أن يرده على بائعه.

وقلنا: الوكيل مضطر في هذا النكول؛ لأنه لا يمكنه أن يحلف كاذبًا إذا كان عالمًا بالعيب، وإنما اضطر إلى ذلك بعمل باشره للآمر، يعني أنه لم يباشر أحوال العبد، فلا يعرف بعيب ملك الغير، والآمر هو الذي أوقعه فيه، فكان الرد عليه ردًا على الموكل، بخلاف ما إذا أقر، فإنه مختار فيه لا مضطر، وبخلاف المشتري فإنه مضطر في النكول، ولكن بعمل باشره لنفسه، فلا يرجع على غيره. كذا في المبسوط[1] والفوائد الظهيرية.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٣/١١٩).

قَالَ: (فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بِإِقْرَارِهِ: لَزِمَ المَأْمُورَ)؛ لِأَنَّ الإِقْرَارَ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ وَهُوَ غَيْرُ مُضْطَرٍّ إِلَيْهِ، لِإِمْكَانِهِ السُّكُوتَ وَالنُّكُولَ، إِلَّا أَنَّ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ المُوَكِّلَ فَيُلْزِمَهُ بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِنُكُولِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الرَّدُّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ وَالعَيْبُ يَحْدُثُ مِثْلُهُ، حَيْثُ لَا يَكُونُ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ بَائِعَهُ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ وَالبَائِعُ ثَالِثُهُمَا، وَالرَّدُّ بِالقَضَاءِ فَسْخٌ لِعُمُومِ وِلَايَةِ القَاضِي، غَيْرَ أَنَّ الحُجَّةَ قَاصِرَةٌ وَهِيَ الإِقْرَارُ، فَمِن حَيْثُ الفَسْخُ كَانَ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ، وَمِن حَيْثُ القُصُورُ لَا يَلْزَمُ المُوَكِّلَ إِلَّا بِحُجَّةٍ، وَلَوْ كَانَ العَيْبُ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ، وَالرَّدُّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ بِإِقْرَارِهِ يَلْزَمُ المُوَكِّلَ مِن غَيْرِ خُصُومَةٍ فِي رِوَايَةٍ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ مُتَعَيَّنٌ وَفِي عَامَّةِ الرِّوَايَاتِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ لِمَا ذَكَرْنَا ....

قوله: (**والرد بالقضاء فسخ**) إلى آخره: جواب سؤال، وهو أن يقال: ينبغي ألا يكون له حق الخصومة مع الموكل؛ إذ قد حصل الرد بإقرار الوكيل، فكان بيعًا جديدًا في حق الموكل، **فقال**: (**الرد بالقضاء فسخ؛ لعموم ولاية القاضي**) فلا يحتمل أن يكون عقدًا مبتدأ؛ لفقد التراضي؛ لأن القاضي يرده على كره منه، فجعل فسخًا، ولكن فسخ استند إلى دليل قاصر، وهو الإقرار، فعملنا بهما، فمن حيث إن الرد بالقضاء فسخ كان للوكيل أن يخاصم الموكل، ومن حيث إنه استند إلى دليل قاصر لا يلزم الموكل إلا بحجة، وهي إقامة البينة على الموكل.

بخلاف ما لو رده بإقرار الموكل من غير قضاء، والعيب مما يحدث مثله لزم الموكل ولا يكون له أن يخاصم الموكل؛ لأن هذا فسخ بالتراضي، فيكون بيعًا جديدًا في حق غيرهما، والموكل غيرهما، وصار في حق الموكل كأن الوكيل اشترى من المشتري، ولو اشترى منه لم يكن له مخاصمة الموكل، فكذا هذا.

فإن قيل: ينبغي أن تكون له ولاية الرد على الموكل وإن قبله بإقراره من غير قضاء، كما في الوكيل بالإجارة إذا أجر وسلم ثم طعن المستأجر فيه بعيب وقبل الوكيل بغير قضاء؛ فإنه يلزم الموكل ولم يعتبر إجارة جديدة، وكذا هذا.

قلنا: من أصحابنا من قال: لا فرق بينهما في الحقيقة؛ لأن المعقود عليه في إجارة الدار لا يصير مقبوضًا بقبض الدار، ولهذا لو تلف بانهدام كان في

....

ضمان المؤجر، فيكون هذا بمنزلة ما لو قبله الوكيل بالعيب قبل القبض بغير قضاء، وهناك يلزم الآمر، فكذا في الإجارة.

قال شمس الأئمة: وفي الكتاب عَلَّل في الفرق بين المسألة، وقال: إن فسخ الإجارة ليس بإجارة معنًى؛ لأن على [٢/ ٢٣٤/ب] إحدى الطريقتين: الإجارة عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنافع، فبعد الرد بالعيب يمتنع الانعقاد لا أن يجعل ذلك عقدًا مبتدأً.

وعلى طريقة إقامة الدار مُقامَ المنافع: المعقود عليها حكم ثبت بالضرورة، فلا يعدو موضعها، ولا ضرورة إلى أن يجعل الرد بالعيب عقدًا مبتدأً؛ لتقام فيه الدار مقام المنفعة، هذا إذا كان عيبًا يحدث مثله.

أما إذا كان عيبًا لا يحدث مثله، فرده بإقراره بقضاء يكون ردًّا على الموكل باتفاق الروايات؛ لأن القاضي فسخ البيع بينهما بعلمه بقيام العيب عند البائع لا بإقراره، فيلزم الآمر، كما لو رده بالبينة.

وإن رده عليه بإقراره بغير قضاء يلزم الموكل بلا خصومة في رواية كتاب البيوع؛ لأنهما فعلا ما يفعله القاضي لو رُفِع الأمر إليه، فإن القاضي يرده في عيب لا يحدث أصلًا، أو لا يحدث في تلك المدة، ولا يكلفه إقامة الحجة، فيكون ردًّا على الموكل.

وفي عامة روايات المبسوط: ليس أن يخاصم الموكل لما ذكرنا أنه بمنزلة البيع المبتدأ، ولو اشتراه منه حقيقة لا يرده.

وقوله: فعلا عين ما يفعله القاضي.

قلنا: هذا الرد حصل تمليكًا وتملكًا بالتراضي، وليس باستيفاء لعين الحق؛ لأن حق المشتري في الجزء الفائت لا في الرد، فكان بيعًا ما أمكن، وإنما يجعل فسخًا إذا تعذر جعله بيعًا في حق الثالث فيما إذا كان بقضاء؛ لعدم التراضي، كذا ذكره قاضي خان والمرغيناني، وهذا هو الذي أحال بيانه إلى الكفاية.

وَالحَقُّ فِي وَصفِ السَّلَامَةِ، ثُمَّ يَنْتَقِلُ إِلَى الرَّدِّ، ثُمَّ إِلَى الرُّجُوعِ بِالنُّقْصَانِ، فَلَمْ يَتَعَيَّنْ الرَّدُّ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي الكِفَايَةِ بِأَطْوَلَ مِن هَذَا.

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: أَمَرْتُك بِبَيْعِ عَبْدِي بِنَقْدٍ، فَبِعْته بِنَسِيئَةٍ، وَقَالَ المَأْمُورُ: أَمَرْتنِي بِبَيْعِهِ وَلَمْ تَقُلْ شَيْئًا فَالقَوْلُ قَوْلُ الآمِرِ)؛ لِأَنَّ الآمِرَ يُسْتَفَادُ مِن جِهَتِهِ وَلَا دَلَالَةَ عَلَى الإِطْلَاقِ. قَالَ: (وَإِنْ اخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ المُضَارِبُ وَرَبُّ المَالِ: فَالقَوْلُ قَوْلُ المُضَارِبِ) لِأَنَّ الأَصْلَ فِي المُضَارَبَةِ العُمُومُ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ بِذِكْرِ لَفْظِ المُضَارَبَةِ فَقَامَتْ دَلَالَةُ الإِطْلَاقِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى رَبُّ المَالِ المُضَارَبَةَ فِي نَوْعٍ، وَالمُضَارِبُ فِي نَوْعٍ آخَرَ حَيْثُ يَكُونُ القَوْلُ لِرَبِّ المَالِ؛ لِأَنَّهُ سَقَطَ الإِطْلَاقُ

وقوله: **(والحَقُّ في وصف السلامة)** إلى آخره، جواب من قال: **(إن الرد متعين)** يعني حكم الأصل المطالبة بوصف السلامة، وإنما يصار إلى الرد لضرورة العجز، فإذا نقلاه إلى الرد لم يصح في حق غيرهما، ولهذا لو امتنع الرد وجب الرجوع بحصة العيب، وفي تلك المسائل الحق متعين لا يحتمل التحول إلى غيره.

قوله: (فالقول قول الآمر) وبه قال الشافعي، ومالك، وأحمد في رواية، وعن مالك: إن كانت السلعة قائمة فالقول للموكل، وإن كانت هالكة فالقول للوكيل؛ لأن الضمان يلزمه بالهلاك، والأصل عدم الضمان، وعن أحمد في رواية: القول للوكيل؛ لأنه أمين؛ لثبوت أصل الوكالة بإقرارهما.

قوله: (ولا دلالة على الإطلاق)؛ إذ الأمر بالبيع قد يكون مقيدًا وقد يكون مطلقًا، ولا دليل على أحد الوجهين، والأمر يستفاد من جهته، فكان القول له، كما لو أنكر أصل الوكالة.

بخلاف ما لو قال رب المال: أمرتك بالنقد، وقال المضارب: بل دفعت مضاربة، ولم يبين شيئًا فالقول للمضارب؛ لأن الأصل في المضاربةِ الإطلاقُ والعمومُ، ألا ترى أن له أن يودع ويبضع ويوكل، وتصح المضاربة عند الإطلاق، ويثبت الإذن عامًا فكان القول للمضارب متمسك بالأصل، أما الوكالة فإن الإطلاق والعموم فيها ليس بأصل، حتى لا يودعُ ولا يوكلُ.

بِتَصَادُقِهِمَا فَنَزَلَ إِلَى الوَكَالَةِ المَحْضَةِ ثُمَّ مُطْلَقُ الأَمْرِ بِالبَيْعِ يَنْتَظِمُهُ نَقْدًا وَنَسِيئَةً إِلَى أَيِّ أَجَلٍ كَانَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا: يَتَقَيَّدُ بِأَجَلٍ مُتَعَارَفٍ وَالوَجْهُ قَدْ تَقَدَّمَ.

قَالَ: (وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِبَيْعِ عَبْدِهِ فَبَاعَهُ، وَأَخَذَ بِالثَّمَنِ رَهْنًا، فَضَاعَ فِي يَدِهِ، أَوْ أَخَذَ بِهِ كَفِيلًا فَتَوِيَ المَالُ عَلَيْهِ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) لِأَنَّ الوَكِيلَ أَصِيلٌ فِي الحُقُوقِ وَقَبْضِ الثَّمَنِ مِنْهَا، وَالكَفَالَةُ تُوثَقُ بِهِ، وَالِارْتِهَانُ وَثِيقَةٌ لِجَانِبِ الِاسْتِيفَاءِ فَيَمْلِكُهُمَا، بِخِلَافِ الوَكِيلِ بِقَبْضِ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ يَفْعَلُ نِيَابَةً وَقَدْ أَنَابَهُ فِي قَبْضِ الدَّيْنِ دُونَ الكَفَالَةِ

قوله: (والوجه قد تقدم) أي: الوجه من الجانبين تقدم في مسألة الوكيل بالبيع، وخلاف الأئمة قد بينا فيها.

قوله: (وأخذ به) أي: بالثمن **(كفيلًا فتوى المال)** على الكفيل.

قيل: المراد من الكفالة هاهنا الحوالة؛ لأن التَّوَى لا يتحقق في الكفالة.

وقال التمرتاشي: الوكيل بالبيع لو احتال بالثمن لم يجز عند أبي يوسف؛ لأن الحوالة تتضمن إبراء الأصيل، والوكيل لا يملك ذلك عنده، وقيل: بل على حقيقتهما، والتَّوَى يتحقق في الكفالة، بأن مات الكفيل والمكفول عنه مفلسًا.

وفي جامع المنهاجي: التَّوَى على الكفيل بأن يموت مفلسًا.

وفي الكافي: التَّوى على الكفيل بأن رفع الأمر إلى قاضٍ يرى براءة الأصيل بنفس الكفالة، كما هو مذهب مالك، فيحكم ببراءة الأصيل، فتَوِيَ المال على الكفيل.

(فلا ضمان عليه) أي: على الوكيل؛ لأنه يزداد بالكفالةِ والرهنِ معنى الوثيقة من غير أن يبرأ الأصيل من الثمن، فيؤكدانِ حق الوكيل، وهو الاستيفاء.

(فيملكهما) أي: الوكيل يملك الكفالة والرهن، فإذا ضاع الرهن في يده فقد صار استيفاءً، وذا مملوك له، ألا ترى أنه لو استوفى الثمن حقيقةً، وضاع في يده كان الهلاك على الموكل! فكذا في الرهن.

(بخلاف الوكيل بقبض الدين) إذا أخذ رهنًا أو كفيلًا، فإن التَّوَى لا يكون على رب الدين، وهو قياس قول الشافعي وأحمد في الوكيل؛ لأنه كالمأمور بقبض الثمن، [٢/٢٣٥/أ] ولا يقبض أصالة؛ لأن الحقوق ترجع إلى الموكل

وَأَخْذِ الرَّهْنِ وَالوَكِيلُ بِالبَيْعِ يَقْبِضُ أَصَالَةً، وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ المُوَكِّلُ حَجْرَهُ عَنْهُ.

فَصْلٌ: [حُكْمُ وَكَالَةِ الاثْنَيْنِ]

قَالَ: (وَإِذَا وَكَّلَ وَكِيلَيْنِ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيمَا وُكِّلَا بِهِ دُونَ الآخَرِ) وَهَذَا فِي تَصَرُّفٍ يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الرَّأْيِ كَالبَيْعِ وَالخُلْعِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، لِأَنَّ المُوَكِّلَ رَضِيَ بِرَأْيِهِمَا لَا بِرَأْيِ أَحَدِهِمَا، ....

عندهما، وعندنا الوكيل بالبيع يقبض أصالة، فكان في ذلك كالمالك، ولهذا لم يعمل نهي الآمر، أي: عن قبض الثمن، ولو رد الوكيل الرهن جاز، ويضمن للموكل أقل من قيمته ومن الثمن، وعند أبي يوسف لا يصح رده. كذا ذكره التمرتاشي والمحبوبي.

قوله: (حَجْرَهُ) أي: حَجْر الوكيل **(عنه)** أي: عن قبض الثمن عندنا، وقالت الأئمة الثلاثة يملك؛ لأن الحقوق عندهم راجعة إلى الموكل، وإنما يملك الوكيل قبض الثمن باعتبار الإذن دلالة عندهم.

فَصْلٌ: [حُكْمُ وَكَالَةِ الاثْنَيْنِ]

لما ذكر وكالة واحد أعقبه بحكم وكالة رجلين؛ لما أن المثنى بعد الواحد.

قوله: (فليس لأحدهما أن يتصرف فيما وُكِّلا به) [وبه][1] قالت الأئمة الثلاثة.

وفي المبسوط[2]: هذا الذي ذكره فيما إذا وكلهما بكلام واحد، فأما إذا وكلهما بكلامين فيجوز لكل منهما أن يتصرف بدون الآخر؛ لأنه إذا وكلهما بكلامين فقد رضي برأي أحدهما، بخلاف الوصيين إذا أوصى كل واحد منهما بكلام على حدة، حيث لا ينفرد أحدهما بالتصرف في أحد القولين؛ لأن وجوب الوصية بالموت، وعند الموت صارا وصيين جملة، وهاهنا حكم الوكالة ثبتت بنفس التوكيل، فإذا أفرد كل واحد بالعقد استبد بالتصرف.

قوله: (لأن الموكل رضي برأيهما) حتى لو باع أحدهما والآخر حاضر لا

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية. (٢) المبسوط للسرخسي (١٩/ ٥١).

وَالبَدَلُ وَإِنْ كَانَ مُقَدَّرًا، وَلَكِنَّ التَّقْدِيرَ لَا يَمْنَعُ اسْتِعْمَالَ الرَّأْيِ فِي الزِّيَادَةِ وَاخْتِيَارِ المُشْتَرِي. قَالَ: (إِلَّا أَنْ يُوَكِّلَهُمَا بِالخُصُومَةِ) لِأَنَّ الِاجْتِمَاعَ فِيهَا مُتَعَذِّرٌ لِلْإِفْضَاءِ إِلَى

يجوز، إلا أن يجيز الآخر جاز، ولو كان الآخر غائبًا عنه فأجاز لم يجز عند أبي حنيفة. ذكره في الذخيرة.

وفي المبسوط[1]: ولو كان أحدهما صبيًّا أو عبدًا محجورًا لم يجز للآخر أن ينفرد بالتصرف، ولو مات أحدهما أو ذهب عقله لم يجز للآخر أن يتصرف؛ لأنه ما رضي برأي أحدهما.

وقوله: **(والبدل وإن كان مقدرًا)** إلى آخره: جواب سؤال، وهو أن يقال: إنما يحتاج إلى الرأي في البيع إذا لم يكن الثمن مسمًّى في التوكيل به، فأما إذا كان فلا يحتاج إلى رأيهما، فينبغي أن ينفرد كل واحد منهما، كما في التوكيل بالطلاق والعتاق بغير عوض، فأجاب عنه بأن البدل وإن كان مقدرًا، ولكن تقدير الثمن يمنع النقصان لا الزيادة، وربما يزداد الثمن عند اجتماع الآخر؛ لذكاء أحدهما وهدايته، أو يختار الآخر مشتريًا لا يماطل في أداء الثمن.

قوله: (إلا أن يوكلهما بالخصومة) هذا استثناء من **قوله: (ليس لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر)**[2] يعني لو وكلهما بالخصومة جاز انفراد أحدهما بالتصرف، وقال زفر: لا يصح الانفراد فيها أيضًا، وبه قال الشافعي وأحمد؛ لأنه يحتاج فيها إلى الرأي؛ إذ رأي الاثنين لا يكون كرأي واحد، فرضاه بهما لا يكون رضًا بأحدهما، كما في البيع والشراء.

وقلنا: الاجتماع فيها متعذر لصيانة مجلس القضاء عن الشغب؛ لأن المقصود فيها إظهار الحق، وبالشغب لا يحصل، ولأن فيه ذهاب مهابة مجلس القضاء، فلما وكلهما بها ـ مع علمه بتعذر اجتماعهما ـ صار راضيًا بخصومة أحدهما، ولكن على وجه لا يفوت فائدة توكيلهما، وذا بأن يسويا الأمر برأيهما، وينقل أحدهما بالتكلم، ولا يشترط حضرة صاحبه في خصومته عند الجمهور، وإطلاق محمد يدل على هذا.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/٤٥).

(٢) انظر المتن ص ٧٠٨.

الشَّغْبِ فِي مَجْلِسِ القَضَاءِ، وَالرَّأْيُ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ سَابِقًا لِتَقْوِيمِ الخُصُومَةِ، قَالَ: (أَوْ بِطَلَاقِ زَوْجَتِهِ بِغَيْرِ عِوَضٍ أَوْ بِعِتْقِ عَبْدِهِ بِغَيْرِ عِوَضٍ، أَوْ بِرَدِّ وَدِيعَةٍ عِنْدَهُ، أَوْ قَضَاءِ دَيْنٍ عَلَيْهِ) لِأَنَّ هَذِهِ الأَشْيَاءَ لَا يُحْتَاجُ فِيهَا إِلَى الرَّأْيِ بَلْ هُوَ تَعْبِيرٌ مَحْضٌ، وَعِبَارَةُ المُثَنَّى وَالوَاحِدِ سَوَاءٌ. وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لَهُمَا: طَلِّقَاهَا إِنْ شِئْتُمَا، أَوْ قَالَ: أَمْرُهَا بِأَيْدِيكُمَا، لِأَنَّهُ تَفْوِيضٌ إِلَى رَأْيِهِمَا؛ ....

وقيل: يشترط، ولا يقبض أحدهما؛ لأن اجتماعهما على القبض والحفظ فائدة، فإنهما يقدران على دفع القاصد ما لا يقدر أحدهما عليه. كذا في الفوائد الظهيرية.

(**وبطلاق زوجته بغير عوض**) هذا عطف على المستثنى، وهو **قوله**: (**بالخصومة**).

وفي الذخيرة: لو وكلهما بطلاق امرأته فطلق أحدهما وأبى الآخر [جاز][1]؛ لأن الإيقاع المفرد لا يحتاج إلى الرأي، وكذا في إعتاق عبده، وعند الشافعي وأحمد لم يجز حتى يجتمعا، كما في البيع.

وفي الجامع: ولو وكلهما، وقال: لا يُطَلِّقَنَّ أحدُكما دون صاحبه، فطلق أحدهما، ثم طلق الآخر أو أجاز [جاز][2]، وكذا في الإعتاق، ولو قال: طَلِّقاها جميعًا ثلاثًا، فطلقها أحدهما واحدةً، ثم الآخر تطليقتين لم يقع شيء حتى يجتمعا على ثلاثِ تطليقات.

قوله: (**أو برد وديعة**) قيد بردها؛ لأنهما إذا كانا في قبضها لا ينفرد أحدهما، وعند الشافعي وأحمد: الرد كالقبض.

وفي الذخيرة: قال محمد في الأصل: لو وكلهما بقبض وديعة، وقبضها أحدهما بغير إذن صاحبه يضمن؛ لأنه شرط اجتماعهما على القبض، ولم يوجد، فصار قابضًا بغير إذن المالك، [٢/ ٢٣٥/ ب] فيصير ضامنًا.

ثم قال: فإن قيل: ينبغي أن يضمن النصف؛ لأنه مأمور بقبض النصف.

قلنا: مأمور بقبض النصف إذا قبض مع صاحبه، وبدونه لا.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ تَمْلِيكٌ مُقْتَصِرٌ عَلَى المَجْلِسِ، وَلِأَنَّهُ عَلَّقَ الطَّلَاقَ بِفِعْلِهِمَا فَاعْتَبَرَهُ بِدُخُولِهِمَا.

قَالَ: (وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكِّلَ فِيمَا وُكِّلَ بِهِ) لِأَنَّهُ فُوِّضَ إِلَيْهِ التَّصَرُّفُ دُونَ التَّوْكِيلِ بِهِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ رَضِيَ بِرَأْيِهِ، وَالنَّاسُ مُتَفَاوِتُونَ فِي الآرَاءِ.

قوله: (ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس) وقد مرَّ أنه لو قال: (طَلِّقِ امرأتي إن شئتَ) تمليك يقتصر على المجلس، وكذا في الأمر باليد، تمليك يقتصر على المجلس، وإذا كان التطليق مملوكًا لهما لا يجوز لأحدهما التصرف بغير إذن صاحبه.

فإن قيل: ينبغي أن يقدر أحدهما على إيقاع نصف تطليقة.

قلنا: فيه إبطال حق الآخر؛ [إذ][1] بإيقاع النصف تقع تطليقة كاملة.

فإن قيل: إبطال ضمني.

قلنا: لا حاجة إلى ذلك الإبطال؛ لقدرتهما على الاجتماع. كذا قيل.

قوله: (فاعتبره بدخولهما) أي: اعتبر تعليق الطلاق بفعلهما، وهو المشيئة، أو اختيار الطلاق بتعليق الطلاق بدخولهما، بأن قال: إن دخلتما الدار فامرأتي طالق، فدخل أحدهما لا تطلق، فكذا هذا.

قوله: (وليس للوكيل أن يوكل) إلى آخره.

المسألة على ثلاثة أوجه: أحدها: أن يوكله ولم يأذن له في التوكيل، ولم يَنْهَهُ عن التوكيل فليس له أن يوكل غيره عندنا وأحمد.

وقال الشافعي ومالك: إن كان الوكيل ممن يلي ذلك بنفسه عادة فليس له أن يوكل غيره، وإن كان يعجز عنه، أو ممن لم يباشر ذلك الفعل بنفسه لوجاهته له أن يوكل، وبه قال أحمد في رواية.

وهذا الخلاف فيما إذا أطلق، أما لو أَذِنَهُ في التوكيل يوكل غيره بلا خلاف، أو نهاه عن توكيل غيره لا يوكل بلا خلاف، وأما لو قال له: اصنع ما شئت، أو اعمل برأيك فله التوكيل عندنا وأحمد.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (**إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ الْمُوَكِّلُ**) لِوُجُودِ الرِّضَا (**أَوْ يَقُولَ لَهُ: اعْمَلْ بِرَأْيِكَ**) لِإِطْلَاقِ التَّفْوِيضِ إِلَى رَأْيِهِ، وَإِذَا جَازَ فِي هَذَا الْوَجْهِ يَكُونُ الثَّانِي وَكِيلًا عَنْ الْمُوَكِّلِ، حَتَّى لَا يَمْلِكَ الْأَوَّلُ عَزْلَهُ، وَلَا يَنْعَزِلُ بِمَوْتِهِ وَيَنْعَزِلَانِ بِمَوْتِ الْأَوَّلِ، وَقَدْ مَرَّ نَظِيرُهُ فِي أَدَبِ الْقَاضِي.

قَالَ: (**فَإِنْ وَكَّلَ بِغَيْرِ إِذْنِ مُوَكِّلِهِ فَعَقَدَ وَكِيلُهُ بِحَضْرَتِهِ جَازَ**) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ حُضُورُ رَأْيِ الْأَوَّلِ وَقَدْ حَضَرَ، ....

وقال أصحاب الشافعي: له التوكيل في أحد الوجهين؛ لأن التوكيل يقتضي تصرفًا يتولاه بنفسه، وقوله: (**اصنع ما شئت**) أو (**اعمل برأيك**) يرجع إلى ما يقتضيه التوكل من تصرفه بنفسه.

وقلنا: اللفظ عام، فيدخل في عمومه التوكيل، ولأن بقوله: (**اعمل برأيك**) أثبت له صفة المالكية؛ إذ المالك هو الذي يتصرف برأيه ومشيئته، وللمالك ألا يوكل غيره، فكذا للوكيل؛ لأنه صار كالمالك.

قوله: (**حتى لا يملك**) أي: الوكيل (**الأول عزله، ولا ينعزل**) أي: الوكيل الثاني (**بموته**) أي: بموت الوكيل الأول، وبه قال الشافعي في قول، وأحمد، وقال في الأصح: ينعزل بعزله وبموته، وله بموت الموكل قولان، وكذا بعزله، والأصح الانعزال كما قلنا وأحمد.

(**وينعزلان بموت الأول**) أي: الموكل الأول (**وقد مرَّ نظيره في أدب القاضي**) وهو ما ذكره: ([وليس][1] للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يُفوَّض إليه ذلك) إلى أن قال: (جاز كما في الوكالة).

قوله: (**فَعَقَدَ وَكيلُهُ**) أي: وكيل الوكيل (**بحضرته**) أي: بحضرة الوكيل الأول (**جاز**) عندنا استحسانًا، وقال زفر: لا يجوز، وبه قال الشافعي وأحمد، كما في حال غيبته، ولأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد، وإنما رضي الموكل الأول تعلق الحقوق بالوكيل الأول دون الثاني، فلو جاز يقع الثاني بحضرته؛ لتعلق حقوق العقد به دون الأول.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَتَكَلَّمُوا فِي حُقُوقِهِ.

وقلنا: مقصود الموكل أن يكون تمام العقد برأي الوكيل الأول، فإذا كان هو حاضرًا فقد حصل إتمام العقد برأيه، فكان مقصوده حاصلًا، على أنه إذا كان حاضرًا صار كأنه باشر العقد، كما لو زوج بنته البالغة بشهادة رجل بحضرتها جُعِل كأنها باشرت العقد، حتى صلح الأب أن يكون شاهدًا.

فإن قيل: يشكل بما لو باشر أحد الوكيلين بحضرة الآخر، حيث لا يكتفى بحضوره، ولا بد من الإجازة، ذكره في الذخيرة، وهاهنا اكتفى بحضوره من غير إجازة، والمعنى يشملهما.

قلنا: ما ذكر في الجامع محمول على ما إذا أجاز الوكيل الأول لا مطلق الحضرة، هكذا ذكر في الذخيرة، وقال: إن محمدًا ذكر في الجامع: فعقد الثاني بحضرة الأول، ولم يشترط للجواز إجازة الأول، وهكذا ذكر في وكالة الأصل، وفي موضع آخر من وكالة الأصل شرط إجازته، سواء كان الوكيل الأول حاضرًا أو غائب.

وعن الكرخي: ليس في المسألة روايتان، ولكن ما ذكر مطلقًا في بعض المواضع محمول على ما إذا أجاز، وإليه ذهب عامة المشايخ، وهذا لأن عقد الثاني كعقد فضولي؛ لعدم إذن الموكل الأول، وفي الفضولي تشترط الإجازة، فكذا هاهنا.

ومنهم من قال: في [٢/٢٣٦/أ] المسألة روايتان.

وجه رواية الجواز من غير إجازة الأول: أن عقد الثاني حال غيبته إنما يصح لتعري العقد عن رأي الأول، فمتى عقد بحضرته فقد حضر هذا العقدَ رأيُه، وعلى هذا أحد وكيلي البيع أو الإجارة إذا باع بحضرة صاحبه، في رواية: لا يجوز إلا بإجازته، وفي رواية: يجوز من غير إجازة.

(وتكلموا في حقوقه) أي: حقوق عقد الثاني بحضرة الأول.

في الذخيرة: لم يذكر محمد في هذا الفصل في الصغير: العهدةُ على مَنْ؟ وذكر البقالي في رواية: ترجع إلى الأول، وفي حيل الأصل والعيون: ترجع إلى الثاني، وهو الصحيح، كما لو باعه أجنبي فأجاز الوكيل، فإنه يجوز، وتتعلق الحقوق بالمباشر غير الوكيل، أي: الفضولي.

(وَإِنْ عَقَدَ فِي حَالِ غَيْبَتِهِ لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّهُ فَاتَ رَأْيَهُ إِلَّا أَنْ يُبْلِغَهُ فَيُجِيزَهُ (وَكَذَا لَوْ بَاعَ غَيْرُ الوَكِيلِ فَبَلَغَهُ فَأَجَازَهُ) لِأَنَّهُ حَضَرَ رَأْيُهُ (وَلَوْ قَدَّرَ الأَوَّلُ الثَّمَنَ لِلثَّانِي فَعَقَدَ بِغَيْبَتِهِ يَجُوزُ) لِأَنَّ الرَّأْيَ فِيهِ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِتَقْدِيرِ الثَّمَنِ ظَاهِرًا وَقَدْ حَصَلَ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا وَكَّلَ وَكِيلَيْنِ وَقَدَّرَ الثَّمَنَ، لِأَنَّهُ لَمَا فَوَّضَ إِلَيْهِمَا مَعَ تَقْدِيرِ الثَّمَنِ ظَهَرَ أَنَّ غَرَضَهُ اجْتِمَاعُ رَأْيِهِمَا فِي الزِّيَادَةِ وَاخْتِيَارِ المُشْتَرِي عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، أَمَّا إِذَا لَمْ يُقَدِّرْ الثَّمَنَ وَفَوَّضَ إِلَى الأَوَّلِ كَانَ غَرَضُهُ رَأْيَهُ فِي مُعْظَمِ الأَمْرِ وَهُوَ التَّقْدِيرُ فِي الثَّمَنِ.

قَالَ: (وَإِذَا زَوَّجَ المُكَاتَبُ أَوْ العَبْدُ أَوْ الذِّمِّيُّ ابْنَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ حُرَّةٌ مُسْلِمَةٌ، أَوْ بَاعَ أَوْ اشْتَرَى لَهَا لَمْ يَجُزْ) مَعْنَاهُ: التَّصَرُّفُ فِي مَالِهَا، لِأَنَّ الرِّقَّ وَالكُفْرَ يَقْطَعَانِ الوِلَايَةَ؛ ....

قوله: (ولو قدر الأول) أي: الوكيل **(الثمن)** بأن قال للوكيل الذي وكله بغير إذن موكله: بعه بكذا، فباعه الثاني به بغيبة الأول جاز في رواية كتاب الرهن كما ذكرنا من حصول المقصود بحضور رأيه.

وفي رواية كتاب الوكالة: لا يجوز؛ لأن تقدير الثمن يمنع النقصان ولا يمنع الزيادة، فربما يزيد الأول على هذا الثمن لو كان هو المباشر للبيع؛ لذكائه وهدايته.

قوله: (وفَوَّضَ) أي: الموكل الأول **(إلى الأول)** أي: الوكيل الأول **(كان غَرَضُه)** أي: عرض الموكل الأول **(رَأْيَه)** أي: رأي الوكيل الأول **(في معظم الأمر)** وهذا لأن المقصودَ من البياعاتِ الاسترباحُ، وذلك إنما يكون بالبيع بتقدير ثمن كان مصلحة في تحصيل زيادة الربح، وقد حصل ذلك بتقدير الوكيل الأول ثمن المبيع، ورأيه إنما يُطلَب لهذا.

قوله: (معناه التصرف في مالها) وإنما احتاج إلى هذا التأويل؛ لأن **قوله: (أو باع أو اشترى لها لم يجز)** يحتمل وجهين: أحدهما: أن يشتري لها شيئًا بمال نفسه، والآخر أن يشتري لها بمالها، والثاني هو المراد هنا، ولذلك قال: معناه كذا.

قوله: (لأن الرق والكفر يقطعان الولاية) وقد مرت المسألة في النكاح ببيان الاختلافات.

أَلَا يَرَى أَنَّ المَرْقُوقَ لَا يَمْلِكُ إِنْكَاحَ نَفْسِهِ فَكَيْفَ يَمْلِكُ إِنْكَاحَ غَيْرِهِ، وَكَذَا الكَافِرُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى المُسْلِمِ حَتَّى لَا تُقْبَلَ شَهَادَتُهُ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّ هَذِهِ وِلَايَةٌ نَظَرِيَّةٌ فَلَا بُدَّ مِن التَّفْوِيضِ إِلَى القَادِرِ المُشْفِقِ لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى النَّظَرِ، وَالرِّقُّ يُزِيلُ القُدْرَةَ، وَالكُفْرُ يَقْطَعُ الشَّفَقَةَ عَلَى المُسْلِمِ فَلَا تُفَوَّضُ إِلَيْهِمَا (قَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: وَالمُرْتَدُّ إِذَا قُتِلَ عَلَى رِدَّتِهِ وَالحَرْبِيُّ كَذَلِكَ) لِأَنَّ الحَرْبِيَّ أَبْعَدُ مِن الذِّمِّيِّ فَأَوْلَى بِسَلْبِ الوِلَايَةِ، وَأَمَّا المُرْتَدُّ فَتَصَرُّفُهُ فِي مَالِهِ وَإِنْ كَانَ نَافِذًا عِنْدَهُمَا لَكِنَّهُ مَوْقُوفٌ عَلَى وَلَدِهِ وَمَالِ وَلَدِهِ بِالإِجْمَاعِ، لِأَنَّهَا وِلَايَةٌ نَظَرِيَّةٌ، وَذَلِكَ بِاتِّفَاقِ المِلَّةِ وَهِيَ مُتَرَدِّدَةٌ، ثُمَّ تَسْتَقِرُّ جِهَةُ الِانْقِطَاعِ إِذَا قُتِلَ عَلَى الرِّدَّةِ فَيَبْطُلُ وَبِالإِسْلَامِ يُجْعَلُ كَأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا فَيَصِحُّ.

قوله: (إلى العاقد) أي: العاقد القادر المشفق، وفي بعض النسخ: **(إلى القادر)** مكان **(العاقد)**.

قوله: (والرق يزيل القدرة) قال تعالى: ﴿عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾ [النحل: ٧٥].

(لأن الحربي أبعد من الذمي) فإن الذمي صار مِنَّا دارًا وإن لم يكن منا دينًا، أو تحقق في حق الذمي ما هو خَلَف عن الإسلام، وهو الجزية، ولم يثبت في حق الحربي شيء من الأصل والخلف، ولهذا لا تقبل شهادته على الذمي.

وقوله: **(قال أبو يوسف ومحمد: المرتد إذا قُتِل على ردته)** إلى آخره، يشير إلى دفع شبهة ترد على قولهما، مع أن هذا الحكم مجمع عليه، وهي أن تصرفات المرتد بالبيع والشراء نافذة وإن قُتِل على ردته عندهما؛ بناءً على الملك، ولكن تصرفاته على ولده موقوفة بالإجماع.

وفي جامع المحبوبي: زوج المرتد ابنته، ثم أسلم جاز نكاحه؛ لأن هذا نكاح له مجيز في الحال، حتى لو رفع إلى قاضٍ فأجاز يجوز، وكان سبيله التوقف، فإذا توقف وعادت ولايته نفذ؛ لوجود الإجازة منه.

وإن تزوج هو بنفسه لم يجز؛ لأن جواز النكاح يعتمد الملة، ولا ملة للمرتدين، فإن أسلم بعد هذا لم يحل له إلا بإنشاء النكاح؛ لأن هذا نكاح لا مجيز له حال وقوعه، فلم يتوقف على إسلامه؛ لأن ما يجيز له لا يتوقف، ألا

بَابُ الوِكَالَةِ بِالخُصُومَةِ وَالقَبْضِ

قَالَ: (الوَكِيلُ بِالخُصُومَةِ وَكِيلٌ بِالقَبْضِ) عِنْدَنَا، خِلَافًا لِزُفَرَ(*). هُوَ يَقُولُ: رَضِيَ بِخُصُومَتِهِ، وَالقَبْضُ غَيْرُ الخُصُومَةِ وَلَمْ يَرْضَ بِهِ.

ترى أن الصبي إذا زوج عبده أو أعتقه أو وهبه أو تصدق به كان باطلًا، حتى لا ينفذُ وإن أجازه بعد بلوغه؛ لأنها تصرفات لا مجيز لها حال وقوعها.

بخلاف المرتد إذا زوج ابنته الصغيرة؛ لأن له مجيزًا، وهو القاضي أو الولي، فيصح أن ينفذ تصرفه، ولو مات بَطَلَ، بخلاف التصرف في أكسابه، فإنها نافذة عندهما؛ لأن ملك الولاية يبتني على الملك، والملك قائم ما دام حيًّا بلا توقف.

بَابُ الْوِكَالَةِ بِالْخُصُومَةِ وَالْقَبْضِ

لما كانت الوكالة بالخصومة من المهجور الشرعي - حتى عدل عن حقيقتها إلى مطلق الجواب - تأخر ذكرها عما هو مشروع ومُقَرٌّ على حقيقته.

قوله: (**الوكيل بالخصومة**) إلى آخره، أطلق في الرواية ليتناول الوكيل بالخصومة في العين والدين، وهو وكيل بالقبض فيهما عند علمائنا الثلاثة. ذكره المحبوبي.

قوله: (**خلافًا لزفر**) فإنه يقول: لا يكون وكيلًا بالقبض، وبه قال الشافعي في الأظهر، ومالك وأحمد، وعند الشافعي في وجه: [٢/٢٣٦/ب] أنه يملك، كقولنا.

(**هو يقول**) أي: زفر يقول: إن القبض غير الخصومة؛ لأن الخصومة لإظهار الحق، ويختار في الخصومة أَلَجَّ الناسِ، وللقبض آمَنَ الناسِ، فمن يصلح للخصومة لا يُرضَى بأمانته عادةً.

ولنا: أن التوكيل بشيء توكيل بإتمامه، وإتمام الخصومة يكون بالقبض؛ لأن الخصومة باقية ما لم يقبض، وذلك لأنه ما لم يقبضه يتوهم عليه الإنكار بعد ذلك والمطل، ويحتاج إلى المرافعة. كذا في الأسرار والمبسوط[1].

(*) الراجح: قول زفر.

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/ ١١).

وَلَنَا: أَنَّ مَنْ مَلَكَ شَيْئًا مَلَكَ إِتْمَامَهُ، وَإِتْمَامُ الخُصُومَةِ وَانْتِهَاؤُهَا بِالقَبْضِ، وَالفَتْوَى اليَوْمَ عَلَى قَوْلِ زُفَرَ ﷺ لِظُهُورِ الخِيَانَةِ فِي الوُكَلَاءِ، وَقَدْ يُؤْتَمَنُ عَلَى الخُصُومَةِ مَنْ لَا يُؤْتَمَنُ عَلَى المَالِ، وَنَظِيرُهُ: الوَكِيلُ بِالتَّقَاضِي، يَمْلِكُ القَبْضَ عَلَى أَصْلِ الرِّوَايَةِ، لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ وَضْعًا، إِلَّا أَنَّ العُرْفَ بِخِلَافِهِ، وَهُوَ قَاضٍ عَلَى الوَضْعِ، وَالفَتْوَى عَلَى أَنْ لَا يَمْلِكَ.

قَالَ: (فَإِنْ كَانَا وَكِيلَيْنِ بِالخُصُومَةِ لَا يَقْبِضَانِ إِلَّا مَعًا) لِأَنَّهُ رَضِيَ بِأَمَانَتِهِمَا لَا بِأَمَانَةِ أَحَدِهِمَا، وَاجْتِمَاعُهُمَا مُمْكِنٌ بِخِلَافِ الخُصُومَةِ عَلَى مَا مَرَّ. قَالَ: (وَالوَكِيلُ بِقَبْضِ الدَّيْنِ يَكُونُ وَكِيلًا بِالخُصُومَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) حَتَّى لَوْ أُقِيمَتْ عَلَيْهِ البَيِّنَةُ عَلَى

قوله: (والفتوى اليوم على قول زفر) وبه أفتى كثير من مشايخ بلخ، والصدر الشهيد؛ لأن التوكيل بالقبض غير ثابت نصًّا ودلالةً، أما نصًّا فظاهر، وأما دلالةً فإن الإنسان قد يوكل غيره بالخصومة والتقاضي ولا يرضى بأمانته وقبضه، والوكيل على التقاضي يملك القبض على أصل الرواية، خلافًا لهم، وعلى اختيار الفتوى.

قوله: (لأنه في معناه) أي: لأن التقاضي في معنى القبض في أصل اللغة، يقال: تقاضيته ديني وبديني، واقتضيته، واستقضيته، واقتضيت منه حقي، أي: أخذته. ذكره في الأساس[١].

(إلا أن العرف يخالفه)[٢] فإن الناس لا يفهمون من التقاضي القبض؛ بل يفهمون منه المطالبة.

(وهو) أي: العرف (راجح) أي: (قاض على الوضع) لأن وضع الألفاظ لحاجة الناس، وهم لا يفهمون المعنى الموضوع؛ بل يفهمون المجاز، فصار بمنزلة الحقيقة العرفية.

قوله: (واجتماعهما) أي: اجتماع الوكيلين على القبض (ممكن) فإنهما يصيران قابضين بالتحلية (على ما مرَّ) أي: في فصل الوكيلين.

قوله: (والوكيل بقبض الدين [يكون][٣] وكيلًا بالخصومة عند أبي حنيفة)

---

(١) أساس البلاغة (٢/ ٨٦).
(٢) في الأصل: (إلا أن العرب تخالفه)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

اسْتِيفَاءِ المُوَكِّلِ أَوْ إِبْرَائِهِ تُقْبَلُ عِنْدَهُ، وَقَالَا: لَا يَكُونُ خَصْمًا وَهُوَ رِوَايَةُ الحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ(*)، لِأَنَّ القَبْضَ غَيْرُ الخُصُومَةِ، وَلَيْسَ كُلُّ مَنْ يُؤْتَمَنُ عَلَى المَالِ يَهْتَدِي

وبه قال الشافعي في قول، وأحمد في رواية. وقال الشافعي في الأصح، وأحمد في ظاهر الرواية: لا يملك، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة، وهذا الخلاف في الوكيل بقبض الدين، أما الوكيل بقبض العين لا يملك الخصومة باتفاق أصحابنا، وللشافعي وأحمد فيه وجهان كما في قبض الدين، ويجيء بعد ذلك.

وهذا يرجع إلى أصل، وهو أن التوكيل بقبض الدين توكيل باستيفاء الحق شرعًا عندهما، ولهذا لو قبض أحد الشريكين شيئًا من الدين المشترك كان للآخر أن يشاركه فيه، ومعنى التمليك ساقط في الحكم، وعند أبي حنيفة القبض في الدين يُملِّك؛ إذ الديون تُقض بأمثالها، فيصير للقبض حكم المبادلة، والتمليك إنشاء تصرف، وحقوق العقد تتعلق بالعاقد، فكان خصمًا فيها.

وإذا ثبت هذا فهما يقولان: التوكيل بقبض الدين توكيل باستيفاء عين حقه حكمًا، ومعنى التمليك ساقط حكمًا، حتى كان له أن يأخذه بلا قضاء ولا رضا، كما في الوديعة والغصب، فلا ينتصب خصمًا، كما في الوكيل بقبض العين.

وأبو حنيفة يقول: التمليك في القبض حقيقة؛ لما أن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها، ولأن الشرع جعل ذلك طريقًا لاستيفاء عين حقه، ولهذا يجبر على الأداء، ولو كان مبادلة محضًا لما أجبر، ولا يملك الأخذ متى ظفر محض حقه، فانتصب خصمًا، كالوكيل بأخذ الشفعة، والرجوع في الهبة، والشراء، والقسمة، والرد بالعيب بأن وكل المشتري رجلًا برد المبيع على البائع بالعيب يكون الوكيل خصمًا في هذه الصور، حتى لو أقام المشتري على وكيل الشفيع بينة أن موكله سلمها يجوز بالاتفاق، وكذا لو أقام الموهوب له البينة أن الواهب الموكل أخذ عوضًا يسمع، وكذا [لو](١) أقام أحد الشريكين بينة على الوكيل أن موكلك أخذ نصيبه يقبل؛ لأنه خصم، وكذا لو أقام البائع البينة عليه على أن المشتري الموكل رضي بهذا العيب يقبل؛ لأنه خصم.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فِي الخُصُومَاتِ، فَلَمْ يَكُنْ الرِّضَا بِالقَبْضِ رِضًا بِهَا. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: أَنَّهُ وَكَّلَهُ بِالتَّمَلُّكِ، لِأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا، إِذْ قَبْضُ الدَّيْنِ نَفْسِهِ لَا يُتَصَوَّرُ، إِلَّا أَنَّهُ جَعَلَ اسْتِيفَاءَ العَيْنِ حَقَّهُ مِن وَجْهٍ، فَأَشْبَهَ الوَكِيلَ بِأَخْذِ الشُّفْعَةِ وَالرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ، وَالوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ وَالقِسْمَةِ وَالرَّدِّ بِالعَيْبِ، وَهَذِهِ أَشْبَهُ بِأَخْذِ الشُّفْعَةِ حَتَّى يَكُونَ خَصْمًا قَبْلَ القَبْضِ كَمَا يَكُونُ خَصْمًا قَبْلَ الأَخْذِ هُنَالِكَ. وَالوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ لَا يَكُونُ خَصْمًا قَبْلَ مُبَاشَرَةِ الشِّرَاءِ، وَهَذَا لِأَنَّ المُبَادَلَةَ تَقْتَضِي حُقُوقًا وَهُوَ أَصِيلٌ فِيهَا فَيَكُونُ خَصْمًا فِيهَا. قَالَ: (وَالوَكِيلُ بِقَبْضِ العَيْنِ لَا يَكُونُ وَكِيلًا بِالخُصُومَةِ) بِالِاتِّفَاقِ، لِأَنَّهُ أَمِينٌ مَحْضٌ، وَالقَبْضُ لَيْسَ بِمُبَادَلَةٍ فَأَشْبَهَ الرَّسُولَ (حَتَّى إِنَّ مَنْ وَكَّلَ وَكِيلًا بِقَبْضِ عَبْدٍ لَهُ فَأَقَامَ الَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ البَيِّنَةَ أَنَّ المُوَكِّلَ بَاعَهُ إِيَّاهُ وَقَفَ الأَمْرُ حَتَّى يَحْضُرَ الغَائِبُ) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَالقِيَاسُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَى الوَكِيلِ، لِأَنَّ البَيِّنَةَ قَامَتْ لِأَعْلَى خَصْمٍ .....

قوله: (وهذه) أي: مسألة الكتاب **(أشبه بأخذ الشفعة)** وفي بعض النسخ: **(وهذا)** أي: التوكيل بقبض الدين **(أشبه بأخذ الشفعة)** من المسائل الثلاث الأخر؛ لأن في هذه المسائل ما لم توجد المبادلة لا يصير وكيلًا، يعني بعد وجود هذه الأفعال يكون خصمًا، وأما في مسألة الشفعة وقبض الدين يكون خصمًا قبل القبض.

وقوله: **(وهذا)** إشارة إلى مطلع نكتة أبي حنيفة بقوله: **(أنه وكله بالتملك)** يعني كأنه وكله بتملك مثل الدين، وذلك مبادلة، والمأمور بالمعاوضة يكون أصيلًا.

وفي جامع قاضي خان: ولا يقال: لو كان وكيلًا بالمبادلة وجب أن تلحقه العهدة في المقبوض، لأنا نقول: إنما لا تلحقه العهدة في المقبوض؛ لأن قبض الدين، وإن كان مبادلة من الوجه الذي ذكرنا، فهو استيفاء [٢/ ٢٣٧/ أ] حق من وجه؛ لأن من الديون ما لا يجوز الاستبدال به، فلشبهه بالمبادلة جعل خصمًا، ولشبهه بأخذ العين لا تلحقه العهدة في المقبوض؛ عملًا بهما، هذا إذا ادعى الإيفاء، وإن ادعى الإبراء فكذلك. ذكره شمس الأئمة.

قوله: (حتى يحضر الغائب) أي: الغائب الموكل.

(لأن البينة) أي: بينة صاحب اليد **(قامت لأعلى خصم)** إذ الوكيل بقبض

فَلَمْ تُعْتَبَرْ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّهُ خَصْمٌ فِي قَصْرِ يَدِهِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ المُوَكِّلِ فِي القَبْضِ، فَتَقْصُرُ يَدُهُ، حَتَّى لَوْ حَضَرَ البَائِعُ تُعَادُ البَيِّنَةُ عَلَى البَيْعِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَى أَنَّ المُوَكِّلَ عَزَلَهُ عَنْ ذَلِكَ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ فِي قَصْرِ يَدِهِ كَذَا هنا. قَالَ: (وَكَذَلِكَ العِتَاقُ وَالطَّلَاقُ وَغَيْرُ ذَلِكَ) وَمَعْنَاهُ: إِذَا أَقَامَتْ المَرْأَةُ البَيِّنَةَ عَلَى الطَّلَاقِ، وَالعَبْدُ وَالأَمَةُ عَلَى العِتَاقِ عَلَى الوَكِيلِ بِنَقْلِهِمْ تُقْبَلُ فِي قَصْرِ يَدِهِ حَتَّى يَحْضُرَ الغَائِبُ اسْتِحْسَانًا دُونَ العِتْقِ وَالطَّلَاقِ.

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ الوَكِيلُ بِالخُصُومَةِ عَلَى مُوَكِّلِهِ عِنْدَ القَاضِي، جَازَ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ، وَلَا يَجُوزُ عِنْدَ غَيْرِ القَاضِي) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ اسْتِحْسَانًا، إِلَّا أَنَّهُ يَخْرُجُ عَنِ الوِكَالَةِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ وَإِنْ أَقَرَّ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ القَضَاءِ(*).

الوديعة ليس بخصم (فلم تعتبر) أي: بينة ذي اليد في قطع يد الوكيل بالقبض.

(وجه الاستحسان أنه) أي: الوكيل بقبض الوديعة (خصم في قصر يده) أي: يد نفسه، أي: قصر يد الوكيل (فتقصر يده) أي: يد الوكيل.

قوله: (تعاد البينة على البيع) والعتاق والطلاق؛ لأن البينة قامت على شيئين: على البيع والعتق والطلاق، وعلى قصر يد الوكيل، ففي حق زوال الملك على الموكل قامت البينة لا على خصم، وفي حق قصر يد الوكيل قامت على خصم، فتقبل في حق قصر يده لا في حق إزالة ملك الموكل.

قوله: (وعن ذلك) كما إذا ادعى صاحب اليد الارتهان من الموكل، وأقام بينة على ذلك البينة تقبل في حق قصر يده لا في ثبوت الارتهان في حق الموكل.

قوله: (وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله)، أطلق الإقرار والموكل ليتناول اسم الموكل المدعي والمدعى عليه؛ لأن جواز الإقرار على الموكل لا يتفاوت بين أن يكون بين موكله مدعيًا أو مدعًى عليه، سوى أن معنى الإقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل، فإقرار وكيل المدعي هو أن يقر بقبضِ الموكلِ المالَ، وإقرار وكيل المدعى عليه هو أن يقر بوجوب المال على موكله.

قوله: (إلا أنه يخرج عن الوكالة) على رواية الأصول؛ لأنه زعم أنه مبطل في دعواه، فلا يدفع المال إليه ولو أقام بينة.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: لَا يَجُوزُ فِي الوَجْهَيْنِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله أَوَّلًا، وَهُوَ القِيَاسُ، لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالخُصُومَةِ وَهِيَ مُنَازَعَةٌ وَالإِقْرَارُ يُضَادُّهُ، لِأَنَّهُ مُسَالَمَةٌ، وَالأَمْرُ بِالشَّيْءِ لَا يَتَنَاوَلُ ضِدَّهُ، وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ الصُّلْحَ وَالإِبْرَاءَ، وَيَصِحُّ إِذَا اسْتَثْنَى الإِقْرَارَ، وَكَذَا لَوْ وَكَّلَهُ بِالجَوَابِ مُطْلَقًا، يَتَقَيَّدُ بِجَوَابٍ هُوَ خُصُومَةٌ لِجَرَيَانِ العَادَةِ بِذَلِكَ وَلِهَذَا يَخْتَارُ فِيهَا الأَهْدَى فَالأَهْدَى.

وذكر في الجامع: لا يقضى بدفع المال؛ لزعمه بانتفاء حقه في الأخذ.

قوله: (**وقال زفر والشافعي: لا يجوز في الوجهين**) في مجلس القاضي وغيره، وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى.

(**وهو القياس**) أي: قول زفر والشافعي القياس؛ لأن الإقرار ضد ما أمر به، فإنه مأمور بالخصومة، وهي اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاجرة، والإقرار اسم لكلام يجرى على سبيل المسالمة والموافقة، فكان ضد ما أمر به، والتوكيل بالشيء لا يتناول ضده، ولهذا لا يملك التوكيل بالخصومة الهبة والبيع والإبراء والصلح، أي: لوجود المضادة بين الخصومة، وهذه الأفعالِ لا يَملِكُ هذه الأفعالَ.

وقوله: (**ويصح إذا استثنى الإقرار**) جواب سؤال يرد على قولهم؛ لأن التوكيل بالخصومة إذا لم يتناول الإقرار كيف يصح استثناؤه؟ فقال: إذا صح استثناء الإقرار مع صحة التوكيل علم أن حقيقة الخصومة غير مهجورة؛ إذ لو كانت مهجورة لما صح استثناء الإقرار، كما لو وكله بالخصومة واستثنى الإنكار فإنه لا يصح؛ لأنه يلزم استثناء الكل من الكل، وكذا إذا استثنى الإقرار؛ لأن الجواب إما بالإقرار أو الإنكار لا كلاهما[1] بالاتفاق، فإذا صح استثناء الإقرار علم أن التوكيل بالخصومة ليس بمجاز لمطلق الجواب. [إليه][2] أشار في الطريقة البرغرية.

قوله: (**وكذا لو وكله بالجواب**) هذه مسألة مبتدأة خلافية ليس إيرادها على

---

(١) كذا في الأصول الخطية، والأصوب: (كليهما).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ التَّوْكِيلَ صَحِيحٌ قَطْعًا، وَصِحَّتُهُ بِتَنَاوُلِهِ مَا يَمْلِكُهُ قَطْعًا، وَذَلِكَ مُطْلَقُ الْجَوَابِ دُونَ أَحَدِهِمَا عَيْنًا.

وَطَرِيقُ الْمَجَازِ مَوْجُودٌ عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، فَيُصْرَفُ إِلَيْهِ تَحَرِّيًا لِلصِّحَّةِ قَطْعًا؛ وَلَوْ اسْتَثْنَى الْإِقْرَارَ، فَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ لَا يَصِحُّ، لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ ....

وجه الاستشهاد، يعني لو وكله بالجواب مطلقًا فهو على هذا الخلاف أيضًا، فعندهم يتقيد بجواب هو خصومة؛ إذ العادة جرت في التوكيل بذلك، ولهذا يختار الأهدى فالأهدى، والوكالة تتقيد بدلالة العرف.

قوله: (أن التوكيل صحيح قطعًا) أي: ثابت من كل وجه بلا شبهة، بالإجماع.

قوله: (لا أحدهما عينًا) وهو الإنكار، فإنه إذا عرف أن المدعي محق لا يملك الإنكار شرعًا، وتوكيله بما لا يملك لا يجوز شرعًا، والديانة تمنعه من ذلك، فحملنا على المجاز، وهو الجواب مطلقًا تحريًا لصحته قطعًا **(وطريق المجاز موجود).**

(ولو استثنى الإقرار).

في المبسوط[1]: استثناء الإقرار ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف لا يصح؛ لأن من أصله أن صحة الإقرار باعتبار قيامه مقام الوكيل لا لأنه من الخصومة، فيصير ثابتًا بالوكالة حكمًا لها، فلا يصح استثناؤه، كما لو وكله بالبيع على ألا يقبض الثمن، أو لا يسلم المبيع كان الاستثناء باطلًا، فكذا هنا.

وجه ظاهر الرواية: أن صحة إقرار الوكيل باعتبار ترك الحقيقة إلى المجاز باعتبار الشرع؛ إذ الخصومة مهجورة [٢/ ٢٣٧/ب] شرعًا، فيصار إلى المجاز، وهو الجواب، وبهذا الاستثناء تبين أن مراده حقيقة الخصومة لا الجواب الذي هو مجاز؛ لأن للتنصيص زيادة دلالة على أنه مالك للإنكار، فلا عبرة لدلالة الحال عند التصريح بخلافه.

قوله: (لأنه) أي: الموكل **(لا يملكه)** أي: لا يملك الإنكار عينًا شرعًا؛

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/ ٥).

وَعَنْ مُحَمَّدٍ رحمه الله: أَنَّهُ يَصِحُّ، لِأَنَّ لِلتَّنْصِيصِ زِيَادَةَ دَلَالَةٍ عَلَى مِلْكِهِ إِيَّاهُ؛ وَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ يُحْمَلُ عَلَى الْأَوْلَى. وَعَنْهُ: أَنَّهُ فَصَلَ بَيْنَ الطَّالِبِ وَالْمَطْلُوبِ، وَلَمْ يُصَحِّحْهُ فِي الثَّانِي لِكَوْنِهِ مَجْبُورًا عَلَيْهِ، وَيُخَيَّرُ الطَّالِبُ فِيهِ؛ فَبَعْدَ ذَلِكَ يَقُولُ أَبُو يُوسُفَ رحمه الله: إِنَّ الْوَكِيلَ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُوَكِّلِ، وَإِقْرَارُهُ لَا يَخْتَصُّ بِمَجْلِسِ الْقَضَاءِ فَكَذَا إِقْرَارُ نَائِبِهِ. وَهُمَا يَقُولَانِ: إِنَّ التَّوْكِيلَ يَتَنَاوَلُ جَوَابًا يُسَمَّى خُصُومَةً حَقِيقَةً أَوْ مَجَازًا، وَالْإِقْرَارُ

لأنه لا يعلم أن الإنكار حقه عينًا، وإنما يصير الإنكار حقه عينًا إذا علم أن المدعي مبطل في دعواه، فتعذر تصحيح الوكالة بالإنكار عينًا.

قوله: (**وعن محمد أنه**) أي: استثناء الإقرار (**يصح**) لما ذكرنا (**أن للتنصيص زيادة دلالة على ملكه**) أي: ملك الموكل (**إياه**) للإنكار.

(**عنه**) أي: عن محمد (**أنه فصل**) إلى آخره.

في التتمة: عن محمد أنه يصح استثناء الإقرار من الطالب؛ لأنه مخير، فلا يصح من المطلوب؛ لأنه مجبور عليه، يعني المدعي لما كان مخيرًا بين الإقرار والإنكار أفاد الاستثناء فائدته في حقه، أما من المطلوب لا يصح استثناء الإقرار؛ لأنه لا يفيد ذلك؛ لأن المدعي لما صحح دعواه، فالمطلوب مضطر ومجبور على الإقرار لعرض اليمين عليه، فيكون مجبورًا عليه، وكذا وكيله، إلا أن الوكيل عند توجه اليمين يحيل اليمين على موكله؛ لأن النيابة لا تجري في الأيمان، فلا يفيد استثناء الإقرار فائدته.

قوله: (**وإقراره**) أي: إقرار الموكل (**لا يختص بمجلس القضاء**) لأنه موجب بنفسه، وإنما يختص بمجلس القضاء ما لا يكون موجبًا إلا بانضمام القضاء.

قوله: (**إن التوكيل يتناول جوابًا**) إلى آخره؛ لأن التوكيل أمر بما هو مالك له، والذي ملكه في معاملة الخصومة هو الجواب لا الإنكار فحسب، فإنه لا يملكه إذا عرفه محقًّا في دعواه؛ بل يملك الإقرار حينئذ، فثبت أن ملكه قطعًا مطلق الجواب لا الجواب مقيدًا، فعلم أنه وكله بجواب (**يسمى خصومة حقيقة**) كالإنكار (**أو مجازًا**) كالإقرار في مجلس القضاء، وسُمي الإقرار في مجلس

فِي مَجْلِسِ القَضَاءِ خُصُومَةٌ مَجَازًا، إمَّا لِأَنَّهُ خَرَجَ فِي مُقَابَلَةِ الخُصُومَةِ، أَوْ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لَهُ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ إتْيَانُهُ بِالمُسْتَحَقِّ وَهُوَ الجَوَابُ فِي مَجْلِسِ القَضَاءِ فَيَخْتَصُّ بِهِ، لَكِنْ إذَا أُقِيمَتْ البَيِّنَةُ عَلَى إقْرَارِهِ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ القَضَاءِ يَخْرُجُ مِن الوِكَالَةِ حَتَّى لَا يُؤْمَرَ بِدَفْعِ المَالِ إلَيْهِ، لِأَنَّهُ صَارَ مُنَاقِضًا وَصَارَ كَالأَبِ أَوْ الوَصِيِّ إذَا أَقَرَّ فِي مَجْلِسِ القَضَاءِ لَا يَصِحُّ وَلَا يَدْفَعُ المَالَ إلَيْهِمَا.

القضاء خصومة، كما سمي جزاء العدوان جزاء كما في قوله تعالى: ﴿فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡۚ﴾ [البقرة:١٩٥]، وجزاء السيئة سيئة في قوله: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ﴾ [الشورى:٤٠] لخروجه في مقابله السيئة.

(أو لأنه) أي: الخصومة، على تأويل التخاصم، وفي بعض النسخ: **(أو لأنها)**.

(سبب له) أي: للإقرار؛ إذ الخصومة سبب الجواب، والجواب سبب الإقرار؛ لأن الجواب تارةً يكون (بِلا) وتارةً (بِنَعَمْ) فكانت الخصومة سببًا للإقرار بالواسطة، وإطلاق اسم السبب على المسبب مجازًا، ولأن مجلس القضاء مجلس الخصومة، فما يجرى فيه يسمى خصومة مجازًا، بخلاف الإقرار في غير مجلس القضاء؛ لأنه لا يسمى خصومة لا حقيقة ولا مجازًا، وتملكه الإقرار باعتبار دخوله في مطلق الجواب.

قوله: (وصار) أي: الوكيل المقر في غير مجلس القضاء **(كالأب أو الوصي المقر في مجلس القضاء)** حيث لا يصح إقرارهما، ولا يدفع إليهما؛ لأن ولايتهما باعتبار النظر، وهو في حفظ المال، والإقرار لا يكون حفظًا؛ بل هو إضاعة، فإذا أخذ المال من الغريم لا يدفع إليهما؛ للتناقض، كما لو ادعيا مالًا للصغير على رجل، فأنكر، فصدقه الأب أو الوصي، ثم جاء يدعي المال لا يدفع المال إليهما؛ لأنهما خرجا من الولاية والوصاية، فكذا الوكيل.

وحاصل مسألة التوكيل بالخصومة على خمسة أوجه:

أحدها: أن يوكل مطلقًا بلا تعرض لإقرار، ويصير وكيلًا بالإنكار بالإجماع، وبالإقرار عندنا، خلافًا لزفر والشافعي.

قَالَ: (وَمَنْ كَفَلَ بِمَالٍ عَنْ رَجُلٍ، فَوَكَّلَهُ صَاحِبُ المَالِ بِقَبْضِهِ عَنْ الغَرِيمِ، لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا فِي ذَلِكَ أَبَدًا) لِأَنَّ الوَكِيلَ مَنْ يَعْمَلُ لِغَيْرِهِ، وَلَوْ صَحَّحْنَاهَا صَارَ عَامِلًا لِنَفْسِهِ فِي إِبْرَاءِ ذِمَّتِهِ فَانْعَدَمَ الرُّكْنُ، ....

وثانيها: أن يوكل بها غير جائز الإقرار، ففيه يصير وكيلًا بالإنكار، وعن أبي يوسف: لا يصح هذا الاستثناء.

وثالثها: أن يوكل بها غير جائز الإنكار، ففيه يصير وكيلًا بالإقرار، ويصح الاستثناء في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف: لا يصح استثناء الإنكار.

ورابعها: أن يوكل بها جائز الإقرار عليه، ففيه يصير وكيلًا بالإنكارِ، والإنكارُ والإقرارُ عندنا خلافًا للشافعي، فعلم منه أن التوكيل بالإقرار صحيح عندنا، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في الأظهر، وعنه في وجه: لا يصح.

وخامسها: أن يوكل بها غير جائز الإنكار وغير جائز الإقرار؛ اختلف المتأخرون فيه:

قيل: لا يصح هذا التوكيل؛ لأنه إذا استثناهما لم يفوض إليه شيء، وعن القاضي صاعد النيسابوري: يصح التوكيل، ويصير وكيلًا بالسكوت في مجلس القضاء حتى تُسمَع البينة عليه، وإنما يصح التوكيل [٢/٢٣٨/أ] بهذا القدر؛ لأن ما هو مقصود الطالب وهو الوصول إلى حقه بواسطة إقامة البينة ـ يحصل به. الكل من الذخيرة.

قوله: **(فانعدم الركن)** أي: ركن الوكالة، وهو العمل لغيره، فانعدم عقد الوكالة بانعدام ركنه.

فإن قيل: يشكل بما ذكره في الجامع أن رب الدين لو وكل المديون بإبراء نفسه عن الدين يصح، والمديون في إبراء نفسه عامل لنفسه.

قلنا: ذكر شيخ الإسلام: لا تصح هذه الوكالة، فتمنع أولًا، ولئن سلم فإنما يصح؛ لأن الإبراء تمليك، ولهذا يرتد بالرد، كما في قوله: طلقي نفسك، فلا يرد بقضاء؛ لأن كلامنا في الوكالة لا في التمليك.

فإن قيل: ينبغي أن تصح وكالة الكفيل؛ لأنه عامل لرب الدين قصدًا،

وَلِأَنَّ قَبُولَ قَوْلِهِ مُلَازِمٌ لِلْوِكَالَةِ لِكَوْنِهِ أَمِينًا، وَلَوْ صَحَّحْنَاهَا لَا يُقْبَلُ لِكَوْنِهِ مُبَرِّئًا نَفْسَهُ فَيَنْعَدِمُ بِانْعِدَامِ لَازِمِهِ، وَهُوَ نَظِيرُ عَبْدٍ مَدْيُونٍ أَعْتَقَهُ مَوْلَاهُ حَتَّى ضَمِنَ قِيمَتَهُ لِلْغُرَمَاءِ وَيُطَالَبُ العَبْدُ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ، فَلَوْ وَكَّلَهُ الطَّالِبُ بِقَبْضِ المَالِ عَنْ العَبْدِ كَانَ بَاطِلًا لِمَا بَيَّنَّاهُ. قَالَ: (وَمَنْ ادَّعَى أَنَّهُ وَكِيلُ الغَائِبِ فِي قَبْضِ دَيْنِهِ، فَصَدَّقَهُ الغَرِيمُ، أُمِرَ بِتَسْلِيمِ الدَّيْنِ إِلَيْهِ) لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ عَلَى نَفْسِهِ، لِأَنَّ مَا يَقْضِيهِ خَالِصُ مَالِهِ ....

وعمله لنفسه يقع ضمنًا، والاعتبار للمُتضمِّن الذي هو الأصل لا للمُتضمَّن.

قلنا: لا نسلم، بل عمل الإنسان لنفسه أصل؛ إذ الأصل أن يقع تصرف كل عامل لنفسه لا لغيره.

فإن قيل: لما استويا في جهة الأصالة ينبغي أن تبطل الكفالة بالوكالة، كما تبطل الوكالة بالكفالة، فإنه ذكر في جامع المحبوبي: والوكيل بقبض الدين لو ضمن المال للموكل يصح وتبطل الوكالة، فكذا ينبغي أن تبطل الكفالة بالوكالة المتأخرة.

قلنا: الكفالة تصلح مبطلة للوكالة وناسخة لها لا على العكس؛ لأن الشيء يكون منسوخًا مما هو مثله أو فوقه لا بما هو دونه، فتبطل الوكالة بالكفالة؛ لأنها فوقها، أما لا تبطل الكفالة بالوكالة؛ لأن الوكالة دون [الكفالة][(١)].

(ولأن قبول قوله) أي: قول الوكيل **(ملازم)**.

(فينعدم) أي: التوكيل **(بانعدام لازمه)** وهو قبول قول الوكيل.

قوله: (ضمن قيمته) أي: قيمة العبد **(للغرماء)** سواء كان معسرًا أو موسرًا

(فلو وكله الطالب) أي: وكل الطالب المولى.

(لما بيناه) وهو قوله: (والوكيل من يعمل لغيره) إلى آخره.

قوله: (أمر بتسليم الدين) وفي بعض النسخ: **(تسليم المال)** أي: الدين، وبه قال المزني، وقال الشافعي ومالك وأحمد: لم يؤمر بالتسليم بالتصدق لا في الدين ولا في الوديعة إلا أن يقيم الوكيل بينة على وكالته، فحينئذ يؤمر بالتسليم في الدين والوديعة، وعندنا: في الوديعة لم يؤمر بالتسليم بالتصدق.

واحتج الشافعي: بأنه تسليم لا تبرئة عن الدين، فلا يؤمر به، كما لو كان

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(فَإِنْ حَضَرَ الغَائِبُ فَصَدَّقَهُ، وَإِلَّا دَفَعَ إِلَيْهِ الغَرِيمُ الدَّيْنَ ثَانِيًا) لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ الِاسْتِيفَاءُ حَيْثُ أَنْكَرَ الوِكَالَةَ، وَالقَوْلُ فِي ذَلِكَ ....

الحق عينًا، وكما لو أقر بأن هذا وصي الصغير، بخلاف ما لو أقر أنه وارثه، حيث يؤمر بالتسليم؛ لأنه يتضمن إبراءه، فإنه أقر بأنه لا حق لسواه.

وقلنا: أقر على نفسه بأن له حق الاستيفاء؛ لأن ما يقتضيه خالص مال الغريم؛ لأن الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها، فكان ما أداه المديون خالص ماله، وكان تصديقه إقرارًا على نفسه بأداء المال، فيجبر على الأداء.

وفي الذخيرة: في المسألة نوع إشكال، وهو أن التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنًى؛ لأن المديون يقضي مثل الدين، فما قبضه رب الدين منه يصير مضمونًا عليه، وله على المديون مثل ذلك، فيلتقيان قصاصًا، وقد ذكرنا أن التوكيل بالاستقراض باطل.

وجوابه: أن التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى، وليس بتوكيل بالاستقراض؛ لأنه لا بد للوكيل بقبض الدين من إضافة القبض إلى موكله بأن يقول: فلان وكلني بقبض دينه، كما لا بد للرسول في الاستقراض من الإضافة إلى المرسل بأن يقول: أرسلني، ويقول: أقرضني كذا، بخلاف الوكيل بالاستقراض فإنه يضيف إلى نفسه ويقول: أقرضني.

قوله: **(فإن حضر الغائب)** أي: رب الدين **(فصدقه)** أي: صدق الوكيل، كان ما دفع إليه قضاء لدينه **(وإلا)** أي: وإن لم يصدقه **(دفع إليه)** أي: دفع الدين **(إليه)** إلى رب الدين **(ثانيًا)** وبه قال الشافعي في الأصح، وأحمد ومالك، وقال الشافعي في وجه: له الرجوع على القابض.

(والقول في ذلك) أي: في الإنكار الوكالة **(قوله)**[1] أي: قول رب الدين **(مع يمينه)**[2] لأن الدين كان ثابتًا، والمديون يدعي عارضًا، وهو سقوط الدين بأدائه إلى الوكيل، ورب الدين ينكر الوكالة، فكان منكرًا للعارض، فكان القول له، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

---

(١) (٢) انظر المتن ص ٧٢٨.

قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ فَيَفْسُدُ الأَدَاءُ (وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الوَكِيلِ إِنْ كَانَ بَاقِيًا فِي يَدِهِ) لِأَنَّ غَرَضَهُ مِنَ الدَّفْعِ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ وَلَمْ تَحْصُلْ، فَلَهُ أَنْ يَنْقُضَ قَبْضَهُ (وَإِنْ كَانَ ضَاعَ فِي يَدِهِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ بِتَصْدِيقِهِ اعْتَرَفَ أَنَّهُ مُحِقٌّ فِي القَبْضِ وَهُوَ مَظْلُومٌ فِي هَذَا الأَخْذِ، وَالمَظْلُومُ لَا يَظْلِمُ غَيْرَهُ.

قوله: (لم يرجع عليه) أي: لم يرجع المديون على الوكيل **(لأنه)** أي: المديون **(بتصديقه)** أي: بتصديق [٢/٢٣٨/ب] الوكيل.

(وهو) أي: المديون **(مظلوم)** يعني إنكار رب الدين الوكالة ظلم عليه، وكذلك طلب الدين ثانيًا **(في هذا الأخذ)** أي: أخذ رب الدين ثانيًا **(والمظلوم)** أي: المديون **(لا يظلم غيره)** فلا يأخذ من الوكيل بعد الهلاك؛ لأن الوكيل في زعمه محق في قبض الدين عنه، وبعدما هلك المدفوعُ الأخذُ منه ظلم.

وفي الذخيرة والمبسوط[1]: المسألة على أوجه: إما أن يصدق الغريم وكالته أو لا، فإن صدقه، ولم يدفع المال أجبر على الأداء، خلافًا لابن أبي ليلى والشافعي وأحمد؛ لأنه لم يثبت كونه وكيلًا عند القاضي، وولاية الإجبار بعد ثبوت وكالته عند القاضي.

وقلنا: ثبت ذلك عند القاضي بتصديق المطلوب؛ لأنه خبر لا مكذب، وكل خبر محمول على الصدق عند القاضي إذا لم يأتِ معارض له، وإن أنكر وكالته وأراد الوكيل استحلافه بعد وكالته استحلفه؛ فإن حلف برئ، وإن نكل قضى عليه بالمال للوكيل؛ لأن نكوله كإقراره، ولم يصدق على الطالب، كما لو أقر.

وذكر الخصاف: لا يحلف المطلوب على الوكالة عند أبي حنيفة، وعندهما يحلف على العلم؛ لأنه ادعى عليه ما لو أقر به لزمه، فإذا أنكر يحلف لكن على العلم؛ لأن التوكيل فعل الغير.

ولأبي حنيفة: أن الاستحلاف ينبني على صحة الدعوى، ودعواه هاهنا لا تصح؛ لأنه لم يثبت كونه نائبًا عن الآمر، أما لو أقر الغريم بالوكالة وأنكر

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/ ٧٦).

قَالَ: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ ضَمِنَهُ عِنْدَ الدَّفْعِ) لِأَنَّ المَأْخُوذَ ثَانِيًا مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فِي زَعْمِهِمَا، وَهَذِهِ كَفَالَةٌ أُضِيفَتْ إِلَى حَالَةِ القَبْضِ، فَتَصِحُّ بِمَنْزِلَةِ الكَفَالَةِ بِمَا ذَابَ لَهُ عَلَى فُلَانٍ، وَلَوْ كَانَ الغَرِيمُ، لَمْ يُصَدِّقْهُ عَلَى الوِكَالَةِ وَدَفَعَهُ إِلَيْهِ عَلَى ادِّعَائِهِ، فَإِنْ رَجَعَ صَاحِبُ المَالِ عَلَى الغَرِيمِ رَجَعَ الغَرِيمُ عَلَى الوَكِيلِ، لِأَنَّهُ لَمْ يُصَدِّقْهُ عَلَى الوِكَالَةِ، وَإِنَّمَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ عَلَى رَجَاءِ الإِجَازَةِ، فَإِذَا انْقَطَعَ رَجَاؤُهُ رَجَعَ عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ عَلَى تَكْذِيبِهِ إِيَّاهُ فِي الوِكَالَةِ. وَهَذَا أَظْهَرُ ....

الدين، فعند أبي حنيفة يستحلف المطلوب، وعندهما لا يستحلف؛ لأن الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة عنده، وقد تثبت الوكالة بإقراره.

قوله: (**إلا أن يكون ضمنه عند الدفع**)، ويجوز التخفيف والتشديد في (**يضمنه**)، وهو أن يقول: أصدقك في الوكالة، ولكن لا آمن أن يجحد الطالب إذا حضر، فاضمن لي ما يقبضه الطالب مني ثانيًا، وهذا ضمان صحيح؛ لأنه مضاف إلى سبب الوجوب، فإن الطالب في حقهما غاصب فيما يقبضه ثانيًا، وكأنه قال: أنا ضامن لك ما يقبضه فلان منك بغير حق، وإليه أشار صاحب الكتاب **بقوله**: (**لأن المأخوذ ثانيًا مضمون عليه**) أي: على رب الدين.

(**في زعمهما**) أي: زعم الوكيل والغريم (**وهذه كفالة أضيفت إلى حالة القبض**) أي: قبض رب الدين ثانيًا كما ذكرنا.

قوله: (**بما ذاب**) أي: سيجب، وهذا ماضٍ أريد به المستقبل، وقد مر في الكفالة وجه التشبيه ظاهر.

قوله: (**لم يصدقه على الوكالة**) ولم يكذبه أيضًا، بل سكت.

قوله: (**وهذا أظهر**) أي: الدفع مع تكذيبه في الوكالة أظهر في حق جواز الرجوع على الوكيل بالنسبة إلى الصورتين الأوليين؛ لأنه لما رجع في الصورتين الأوليين، مع أنه لم يكذبه فيهما، فَلَأَنْ يرجعَ عليه في صورة التكذيب لأن الوكيل في حقه بمنزلة الغاصب؛ لأن الوكيل قبض منه بشرط أن يستفيد المديون البراءة، فإذا لم يستفد لم يكن المديون راضيًا بقبضه؛ بل هو في حقه كالغاصب. ذكره في المبسوط[١].

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/ ٦٨).

لِمَا قُلْنَا، وَفِي الوُجُوهِ كُلِّهَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّ المَدْفُوعَ حَتَّى يَحْضُرَ الغَائِبُ، لِأَنَّ المُؤَدَّى صَارَ حَقًّا لِلْغَائِبِ، إِمَّا ظَاهِرًا أَوْ مُحْتَمَلًا، فَصَارَ كَمَا إِذَا دَفَعَهُ إِلَى فُضُولِيٍّ عَلَى رَجَاءِ الإِجَازَةِ لَمْ يَمْلِكْ الِاسْتِرْدَادَ، لِاحْتِمَالِ الإِجَازَةِ، وَلِأَنَّ مَنْ بَاشَرَ التَّصَرُّفَ لِغَرَضٍ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْقُضَهُ مَا لَمْ يَقَعْ اليَأْسُ عَنْ غَرَضِهِ.

(وَمَنْ قَالَ: إِنِّي وَكِيلٌ بِقَبْضِ الوَدِيعَةِ فَصَدَّقَهُ المُودِعُ) لَمْ يُؤْمَرْ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ، لِأَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِمَالِ الغَيْرِ، ....

وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى قوله: **(وإنما دفع عليه لرجاء الإجازة)**[١].

(وفي الوجوه كلها) وهي الوجوه الأربعة: دفعه مع التصديق من غير تضمين، ودفعه بالتصديق مع التضمين، ودفعه ساكتًا بلا تكذيب ولا تصديق، ودفعه مع التكذيب.

قوله: (إما ظاهرًا) أي: في حالة التصادق، أو حال ظهور العدالة في الوكيل؛ لأن الوكيل إذا كان عدلًا كان صادقًا ظاهرًا **(أو محتملًا)** أي: في حالة التكاذب، أو في حالة كون الوكيل فاسقًا أو مستورًا؛ لاحتمال الصدق.

قوله: (ليس له أن ينقضه) لأن سعي الإنسان في نقض ما تم من جهته مردود، كما إذا كان الشفيع وكيل المشتري ليس له الشفعة، وإلا كان سعيًا في نقض ما تم من جهته، وهو البيع؛ لأن البيع تم من جهة الشفيع.

وفي الكافي: لو أقام الغريم بينة بعد التسليم إلى رب الدين ما وكله، أو أقر الوكيل بأن رب الدين ما وكله لم تقبل، ولو أراد أن يستحلفه على ذلك لا يحلف عليه؛ لأن كل ذلك ينبني على صحة الدعوى، ولم توجد؛ لكونه ساعيًا في نقض ما تم من جهته.

أما لو أقام بينة أن رب الدين جحد الوكالة، فأخذ مني ثانيًا تقبل؛ [٢/٢٣٩/أ] لأنه ثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل، بناء على إثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع، وهو قبضه المال، فانتصب الحاضر خصمًا عن الغائب في إثبات السبب، فيثبت قبض الموكل، فينقض قبض الوكيل ضرورة، وجاز أن يثبت الشيء ضمنًا ولا يثبت قصدًا.

(لأنه أقر بمال الغير) أي: أقر له بقبض[٢] مال الغير؛ لتصادقهما على أنه

---

(١) انظر المتن ص ٧٢٩.

(٢) في الأصل: (بعض)، والمثبت من النسخة الثانية.

بِخِلَافِ الدَّيْنِ. وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُ مَاتَ أَبُوهُ وَتَرَكَ الْوَدِيعَةَ مِيرَاثًا لَهُ وَلَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُ، وَصَدَّقَهُ الْمُودَعُ: أُمِرَ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ، لِأَنَّهُ لَا يَبْقَى مَالُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ، فَقَدْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُ مَالُ الْوَارِثِ. وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُ اشْتَرَى الْوَدِيعَةَ مِن صَاحِبِهَا فَصَدَّقَهُ الْمُودَعُ: لَمْ يُؤْمَرْ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ، لِأَنَّهُ مَا دَامَ حَيًّا كَانَ إِقْرَارًا بِمِلْكِ الْغَيْرِ لِأَنَّهُ مِن أَهْلِهِ فَلَا يُصَدَّقَانِ فِي دَعْوَى الْبَيْعِ عَلَيْهِ.

ملك المودع، بخلاف الدين، حيث يؤمر بالدفع؛ لما قلنا أنه إقرار على نفسه؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، ثم المودع إذا لم يؤمر بالتسليم وسلم، وأنكر رب الوديعة الوكالة، وحلف وضَمَّن مالَه المودَعَ رجع المستودع على القابض إن كان عنده بعينه؛ لأنه ملكه بأداء الضمان، وإن قال: هلك مني، أو دفعته إلى الوكيل؛ فإن المستودع إن دفعه بتصديق الوكالة لم يرجع بشيء، ولو دفعه بالسكوت أو بإنكار الوكالة أو صدقه وضمنه ـ كان له أن يضمنه؛ لما قلنا. كذا في المبسوط[1].

ولو دفعها في الوجوه كلها لا يملك استرداده؛ لما ذكرنا أنه ساعٍ في نقض ما تم من جهته. ذكره في شرح الجامع.

وفي الفوائد الظهيرية: وإذا لم يؤمر المستودع بالتسليم، ولم يسلم، فضاعت في يده، هل يضمن؟

قيل: لا يضمن، وينبغي أن يضمن؛ لأن المنع من وكيل المودع، فكان كالمنع من المودع.

قوله: (**لا يَبْقَى مالَهُ**) بالنصب.

وفي النهاية: هكذا كان معربًا بإعراب شيخي، أي: لا يبقى مالُ الوديعةِ مالَ المودع (**بعد موته**) أي: منسوبًا ومملوكًا له، فكان انتصابه على تأويل الحال، كما في (كَلَّمْتُهُ فاهُ إلى فِيَّ) أي: مُشافِهًا، ويجوز الرفع.

قوله: (**لأنه ما دام حيًّا**) أي: لأن المودع ما دام حيًّا، وقد ثبت حياته باتفاقهما، فالوديعة ملكه.

(**لأنه**) أي: المودع (**من أهله**) أي: أهل الملك.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/ ٩٠).

قَالَ: (فَإِنْ وَكَّلَ وَكِيلًا يَقْبِضُ مَالَهُ، فَادَّعَى الغَرِيمُ أَنَّ صَاحِبَ المَالِ قَدْ اسْتَوْفَاهُ، فَإِنَّهُ يَدْفَعُ المَالَ إِلَيْهِ) لِأَنَّ الوِكَالَةَ قَدْ ثَبَتَتْ، وَالِاسْتِيفَاءُ لَمْ يَثْبُتْ بِمُجَرَّدِ دَعْوَاهُ فَلَا يُؤَخَّرُ الحَقُّ. قَالَ: (وَيَتْبَعُ رَبُّ المَالِ فَيَسْتَحْلِفُهُ) رِعَايَةً لِجَانِبِهِ، وَلَا يَسْتَحْلِفُ الوَكِيلَ لِأَنَّهُ نَائِبٌ ....

قوله: (فإنه) أي: الغريم **(يدفع المال)** إلى الوكيل.

قوله: (لأن الوكالة تثبت).

فإن قيل: لا نسلم ثبوت الوكالة.

قيل في جوابه: لما ادعى الغريمُ استيفاءَ ربِّ الدينِ دينَهُ كان هو معترفًا بأصل الحق، فلما ثبت الدين بإقراره، ولم ينكر الوكالة كان للوكيل ولاية الطلب، فيقضى عليه بالإيفاء، كما لو ادعى استيفاء رب الدين عند دعواه بنفسه كان يقضى عليه بالإيفاء، فكذا عند دعوى وكيله؛ لقيامه مَقامَ الموكل. كذا قيل، وفيه نوع تأمل.

قوله: (ويتبع) أي: الغريمُ يتبعُ ربَّ الدين **(رعايةً لجانبه)** أي: جانب الغريم، وهو المديون.

(لأنه) أي: الوكيل **(نائب)** والنيابة لا تجري في الأيمان.

وفي الإيضاح: لا يحلفه على العلم بأن الطالب استوفاه عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال زفر: يحلفه على العلم، فإن أبى أن يحلف خرج عن الوكالة، وكان الطالب على حجته، وبه قال الشافعي إن ادعى علم الوكيل، وإن لم يدعِ لا يحلف.

ولهما: أنه يدعي حقًّا على الموكل لا على الوكيل، فلو حلفنا الوكيل لكان التحليف بطريق النيابة، والنيابة لا تجري في الأيمان.

بخلاف الوارث، حيث يحلف على العلم، يعني ما يعلم أن مورثه استوفاه؛ لأن الحق يثبت للوارث، وكان مدعيًا بطلان حقه بفعل وجد من المورث، فكان الحلف بطريق الأصالة لا النيابة، إلا أنه يستحلف على العلم في فعل الغير.

قَالَ: (وَإِنْ وَكَّلَهُ بِعَيْبٍ فِي جَارِيَةٍ فَادَّعَى البَائِعُ رِضَا المُشْتَرِي: لَمْ يَرُدَّ عَلَيْهِ حَتَّى يَحْلِفَ المُشْتَرِي بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الدَّيْنِ)، لِأَنَّ التَّدَارُكَ مُمْكِنٌ هُنَالِكَ بِاسْتِرْدَادِ مَا قَبَضَهُ الوَكِيلُ إِذَا ظَهَرَ الخَطَأُ عِنْدَ نُكُولِهِ، وَهَاهُنَا غَيْرُ مُمْكِنٍ، ....

قوله: (**وكله بعيب في جارية**) أي: برد الجارية بسبب العيب.

قوله: (**لم يَرُدَّ عليه**) أي: على البائع، يعني القاضي لا يقضي بالرد حتى يحضر المشتري ويحلف، وبه قال ابن أبي ليلى، وقال الشافعي وأحمد: لا يلتفت إلى قول البائع، فيرد كما في الدين، ولا يمين على الوكيل إذا لم يدع البائع علمه، أمَّا لو ادعى علمه يحلف على العلم، وبه قال زفر، وعندنا لا يحلف أيضًا.

قوله: (**بخلاف مسألة الدين**) حيث يؤمر بدفع الدين بدون تحليف الوكيل؛ لأن التدارك ممكن هناك.

وفي المبسوطين: الفرق بين مسألة العيب ومسألة الدين من وجهين:

أحدهما: أن حق الطالب ثابت بيقين؛ إذ ليس في دعوى الاستيفاء والإبراء ما ينافي ثبوت أصل حقه؛ لكنه يدعي الإسقاط بعد تقرر السبب الموجب، فلا يمتنع على الوكيل الاستيفاء ما لم يثبت المسقط، وفي مسألة العيب عِلْم المشتري بالعيب وقت العقد يمنع ثبوت حق الرد أصلًا، فالبائع بقوله: (**رضا المشتري**) يزعم أن حقه في الرد ما يثبت أصلًا، فلا بد من أن [٢/ ٢٣٩/ب] يحضر الموكل ويحلف ليتمكن من الرد.

والثاني: أن الرد بالعيب بالقضاء فسخ العقد، والعقد إذا انفسخ لا يعود، فلو أثبتنا له حق الرد تضرر به الموكل بانفساخ العقد، أما قضاء الدين فليس فيه فسخ عقد، فإذا حضر الموكل ولم يحلف يسترد ما قبضه الوكيل، وهذا معنى قول المصنف: (**لأن التدارك ممكن هناك**) إلى آخره.

قوله: (**إذا ظهر الخطأ عند نكوله**) أي: نكول الموكل.

وفي جامع قاضي خان: التدارك غير ممكن في مسألة الرد بالعيب؛ لأنه لا يتمكن من إعادة البيع بعد القضاء؛ لأن قضاء القاضي في العقود والفسوخ ينفذ

لِأَنَّ القَضَاءَ بِالفَسْخِ مَاضٍ عَلَى الصِّحَّةِ وَإِنْ ظَهَرَ الخَطَأُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ، وَلَا يَسْتَحْلِفُ المُشْتَرِيَ عِنْدَهُ بَعْدَ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ، وَأَمَّا عِنْدَهُمَا قَالُوا: يَجِبُ أَنْ يَتَّحِدَ الجَوَابُ عَلَى هَذَا فِي الفَصْلَيْنِ وَلَا يُؤَخَّرُ(*)، لِأَنَّ التَّدَارُكَ مُمْكِنٌ عِنْدَهُمَا لِبُطْلَانِ القَضَاءِ.

ظاهرًا وباطنًا وإن ظهر بطلان الحجة، ألا ترى أن عند محمد إذا لم ينفذ قضاؤه باطنًا في العقود والفسوخ كانت المسألة الثانية والأولى سواءً، أي: يرد القاضي فيهما جميعًا، وعند أبي يوسف: لو كان المشتري حاضرًا وأراد الرد بالعيب لا يرده القاضي ما لم يستحلف المشتري بالله بعدم الرضا بهذا العيب وإن كان البائع لم يدعِ، وإذا كان المشتري غائبًا لا يرد إلا بعد اليمين أيضًا؛ صيانةً للقضاء عن البطلان.

قوله: (لأن القضاء بالفسخ ماضٍ) إلى آخره، في الذخيرة: ولو حضر الموكل بعد رد الجارية بالعيب بدعوى الوكيل، وادعى الرضا بالعيب، وأراد أخذ الجارية، وأبى البائع أن يدفعها، وقال: لا سبيل لك عليها بعد نقض القاضي البيعَ فالقاضي يرد الجارية على المشتري؛ لأن البائع ادعى رضاه بالعيب وصدقه الآمر، فاستند التصديق إلى وقت الإقرار، وعلم أن القاضي أخطأ في قضائه بالرد، فبقيت الجارية على ملك المشتري.

بعض مشايخنا قالوا: هذا على قول محمد، فأما على قول أبي حنيفة: لا سبيل للمشتري على الجارية؛ لنفوذ القضاء ظاهرًا وباطنًا عنده.

وقال بعضهم: هذا قول الكل، وهو الأصح؛ لأن نقض القاضي البيعَ لم يكن بناء على دليل موجب للنقض، وإنما كان لجهله بالدليل المسقط للرد، وهو رضا المشتري، ثم ظهر الدليل بخلافه، وفي مثله لا ينفذ القضاء باطنًا، كما لو قضى باجتهاد، ثم وُجِد نص بخلافه. وهكذا ذكر في المبسوط وشرح الجامع الصغير.

قوله: (ولا يُستحلَف المشتري عنده) أي: عند أبي حنيفة **(بعد ذلك)** أي: بعد نكول الموكل **(لأنه)** أي: الاستحلاف **(لا يفيد)** يعني متى نفذ قضاء القاضي ظاهرًا وباطنًا لا يكون للبائع أن يستحلف المشتري إذا حضر على الرضا؛ لأنه

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

وَقِيلَ: الأَصَحُّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ﷺ أَنْ يُؤَخَّرَ فِي الفَصْلَيْنِ، لِأَنَّهُ يَعْتَبِرُ النَّظَرَ حَتَّى يَسْتَحْلِفَ المُشْتَرِيَ لَوْ كَانَ حَاضِرًا مِن غَيْرِ دَعْوَى البَائِعِ فَيَنْتَظِرُ لِلنَّظَرِ.

قَالَ: (وَمَنْ دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ يُنْفِقُهَا عَلَى أَهْلِهِ فَأَنْفَقَ عَلَيْهِمْ عَشَرَةً مِن عِنْدِهِ، فَالعَشَرَةُ بِالعَشَرَةِ) لِأَنَّ الوَكِيلَ بِالإِنْفَاقِ وَكِيلٌ بِالشِّرَاءِ وَالحُكْمُ فِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فَهَذَا كَذَلِكَ.

لا فائدة في استحلافه؛ لأن فائدته أن ينكل فيظهر أنه كان راضيًا بالعيب، وأن حق الفسخ لم يكن ثابتًا للمشتري، وأن القاضي أخطأ في قضائه بالفسخ، ولكن عند ظهور الخطأ في القضاء بالفسخ لا يبطل قضاؤه بالفسخ عنده، حتى قال المشايخ: يجب أن يتحد الجواب في فصل الدين والرد بالعيب، ولا يؤخر القضاء بالرد؛ لأن التدارك ممكن عندهما في هذا كما في مسألة الدين؛ لأن القضاء بالرد لا ينفذ في الباطن عندهما، كالقضاء بالتسليم.

(**وقيل: والأصح عند أبي يوسف أن يؤخر في الفصلين**) أي: فصل الدين وفصل العيب (**لأنه يعتبر النظر**) أي: أبو يوسف يعتبر النظر؛ لأن من مذهبه أن القاضي لا يرد المبيع على البائع إذا كان المشتري حاضرًا وأراد الرد، ما لم يستحلفه القاضي بالله: ما رضيت بهذا العيب وإن لم يدع البائع، فإذا كان المشتري غائبًا لا يرد عليه ما لم يستحلف؛ صيانةً لقضائه عن البطلان، ونظرًا للبائع والمديون، فصار عنه روايتان: في رواية مثلُ قول محمد، وفي رواية: يؤخر فيهما؛ اعتبارًا للنظر.

قوله: (فالعشرة بالعشرة) فيكون ما أخذه من الموكل ملكًا للوكيل.

قال التمرتاشي: هذا إذا كانت العشرة المدفوعة قائمة وقت شرائه وكان يضيف العقد إليها، أو كان مطلقًا لكن كان ينوي تلك العشرة، أما إذا كانت العشرة المدفوعة مستهلكة، أو كان يشتري النفقة بعشرة نفسه ويضيف العقد يصير مشتريًا لنفسه، ويكون متبرعًا بالاتفاق؛ لأن الدراهم تتعين في الوكالات، وكذا لو أضاف العقد إلى غيرها.

(**والحكم فيه**) أي: في الوكيل بالشراء (**ما ذكرناه**) وهو أن يشتري الوكيل ما وكل به من مال نفسه ثم يرجع به على الموكل.

(**وقد قررناه**) أي: في باب [٢/ ٢٤٠/أ] الوكالة بالبيع والشراء في قوله:

وَقِيلَ: هَذَا اسْتِحْسَانٌ(*)، وَفِي القِيَاسِ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ وَيَصِيرُ مُتَبَرِّعًا. وَقِيلَ: القِيَاسُ وَالِاسْتِحْسَانُ فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِشِرَاءٍ، فَأَمَّا الإِنْفَاقُ يَتَضَمَّنُ الشِّرَاءَ

(وإذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله) إلى آخره.

وإنما قلنا: إنه وكيل بالشراء؛ لأنه محتاج في الإنفاق إلى شراء ما يحتاج إليه في النفقة، فيكون وكيلًا بالشراء، وإذا كان وكيلًا بالشراء فيحتاج أن ينقد الثمن من دراهم نفسه؛ لأنه لا يمكنه استصحاب دراهم الموكل في الأحوال كلها، وقد يظفر في السوق بشراء شيء يحتاج في النفقة، فيحتاج إلى أن ينقد الدراهم من مال نفسه على سبيل الإقراض، فلم يجعل متبرعًا؛ لأنه خالف أمر الآمر؛ لأن الوكالة تعلقت بالدراهم المدفوعة، بدليل أنها لو هلكت تبطل الوكالة، فإذا كان مقيدًا بها ففي [دفع مال آخر(١) هو أجنبيٌّ آخَرُ، فيكون متبرعًا في القضاء من مال نفسه، ويَرُدُّ على الموكل](٢) مالَهُ؛ لأنه مِلْكُه، دفعه إليه لمقصوده، وقد استغنى عنه. كذا في المبسوط(٣).

وإنما ذكر **بقوله**: (**وقيل: هذا استحسان**) احتراز عن القول الثاني، وهو **قوله**: (**وقيل: القياس والاستحسان في قضاء الدين**).

وصورته: أن يدفع المديون إلى رجل ألفًا، وقال: ادفعها إلى فلان قضاءً عني، فدفع الوكيل إلى فلان من مال نفسه قضاءً عنه؛ في القياس: يكون متبرعًا، حتى لو أراد المأمور حبس الألف المدفوعة لا يكون له ذلك، وفي الاستحسان: له ذلك.

وقوله: (**لأنه ليس بشراء**) دليل القياس، يعني فلما لم يكن قضاء الدين شراء لم يكن الآمر راضيًا بثبوت الدين في ذمته للوكيل، [فلو](٤) لم نجعله متبرعًا لألزمناه دينًا لم يرض به، فجعلناه متبرعًا قياسًا، وأما في مسألة الإنفاق رضي الآمر بثبوت الدين في ذمته للوكيل؛ لأنه أمره بالإنفاق، والأمر بالإنفاق

(*) **الراجح: هو الاستحسان.**

(١) كذا في النسخة الثانية: (آخر)، وفي المبسوط: (الآمر).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) المبسوط للسرخسي (١٩/ ٧٧).

(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَلَا يَدْخُلَانِهِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

أمر بشراء الطعام، والشراء لا يتعلق بغير تلك الدراهم؛ بل يتعلق بمثلها في الذمة، ثم يثبت به حق الرجوع على الآمر، فكان راضيًا بثبوت الدين، فلم يجعل متبرعًا قياسًا أيضًا.

وأما ما ذكر في وجه القياس أن الدراهم تتعين في الوكالات، إلى آخره.

قلنا: تتعين هي في حق الوكالة، أما لا تتعين في حق القضاء، حتى إن للمطلوب أن يدفع إلى الطالب دراهم غير ما دفعها إلى الوكيل، والقضاء لا يبطل بهلاكها، وباعتبار الوكالة إن صار متبرعًا، فباعتبار جانب القضاء لم يصر متبرعًا؛ لأنها لا تتعين في حق القضاء، فلا يجعل متبرعًا بالشك، فَرُجِّحَ[1] جانب القضاء؛ صيانة لملكه عن الزوال بغير بدل، كمن دفع إلى غيره ألفًا ليتصرف فيها، فإنه يجعل قرضًا لا هبةً وإن احتمل الدفعُ هذين الأمرين؛ صيانة لملكه عن الزوال بغير بدل.

وكمن أعطى غيره مالًا، وقال: حُجَّ به، أو اغْزُ به في سبيل الله، أو أنفقه على نفسك وعيالك كان قرضًا، حتى لو اختلفا فالقول للمعطي.

وكمن زوج ابنته وسلمها مع الجهاز، ثم ماتت البنت، فقال الزوج: هبة، وقال الأب: بل أعرتها، فالقول للأب، ويحمل على العارية؛ صيانة لملكه عن الزوال بغير بدل. كذا ذكره المحبوبي في جامعه، وأحال المسألة الأخيرة إلى شرح السير الكبير لشمس الأئمة.

قوله: (فلا يدخلانه) أي: القياس والاستحسان فيما ذكرنا من مسألة الإنفاق.

ولو وكله بإجارة الدار أو الأرض فله أن يؤجرها بالنقد والمكيل والموزون وبالحيوان المعين وبالموصوف بالاتفاق، فأما عند أبي حنيفة فظاهر؛ لأنه كالوكيل بالبيع بالنقد للعرف، ولا عرف هاهنا بأن الأراضي تؤجر بغير النقد أيضًا، هكذا ذكره، وفي بعض المواضع حقق الخلاف كما في البيع.

---

(١) في الأصل: (فيرجع)، والمثبت من النسخة الثانية.

بَابُ عَزْلِ الوَكِيلِ

قَالَ: (وَلِلْمُوَكِّلِ أَنْ يَعْزِلَ الوَكِيلَ عَنْ الوَكَالَةِ) لِأَنَّ الوَكَالَةَ حَقُّهُ فَلَهُ أَنْ يُبْطِلَهُ، إِلَّا إِذَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الغَيْرِ، بِأَنْ كَانَ وَكِيلًا بِالخُصُومَةِ يُطْلَبُ مِن جِهَةِ الطَّالِبِ لِمَا فِيهِ مِن إِبْطَالِ حَقِّ الغَيْرِ، وَصَارَ كَالوَكَالَةِ الَّتِي تَضَمَّنَهَا عَقْدُ الرَّهْنِ.

ولو وكله بأن يستأجر أرضًا له فأخذها مزارعة لم يجز عنده؛ لعدم رؤيته جواز المزارعة، وعندهما يجوز.

ولو وكله بالصلح عن دم عمد، فصالحه على مال قليل صح عنده، كالوكيل بالبيع، خلافًا لهما.

بَابُ عَزْلِ الْوَكِيلِ

أخَّر العزل لأنه بعد الإثبات.

قوله: **(يطلب من جهة الطالب)** أي: بالتماس من جهة المدعي، قيد بهذين القيدين؛ لأنه لو وكل المدعى عليه لا يطلب المدعي تملك المدعى عليه عزله، وكذا إن كان الوكيل من جانب الطالب يملك الطالب عزله، سواء كان ذلك بطلب المدعى عليه أو لا، وعدم صحة العزل إذا كان يطلب من جهة الطالب فيما إذا كان العزل عند غيبة الطالب، وبحضوره يصح عزله، سواء رضي به الطالب أو لا، وإلى هذه القيود أشار في الذخيرة.

وقال مالك: إذا تشبث بالخصومة ما تعلق به حق الغير لا يجوز عزله [٢/ ٢٤٠/ب] في الغيبة والحضور، وعند الشافعي وأحمد يجوز عزل الوكيل بالخصومة، تعلق به حق الغير أم لا؛ لأن الوكالة عقد جائز غير لازم.

قوله: **(فصار كالوكالة التي في ضمن الرهن)** أي: الوكالة المشروطة في عقد الرهن، فإن الراهن لا يملك عزله؛ لما فيه من إبطال حق المرتهن، فكذا فيما نحن فيه؛ لأن الوكالة إذا كانت بالتماس الطالب ثبت نوع حق الطالب قبل الوكيل، وهو أن يحضره مجلس الحكم ويخاصمه، ويثبت حقه عليه، فلو صح عزله بطل هذا الحق أصلًا؛ لأنه لا يمكنه الخصومة معه أيضًا، بخلاف ما إذا كان الطالب حاضرًا، فإن حقه لا يبطل أصلًا؛ لأنه إن لم يمكنه مع الوكيل

قَالَ: (فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْهُ العَزْلُ فَهُوَ عَلَى وَكَالَتِهِ، وَتَصَرُّفُهُ جَائِزٌ حَتَّى يَعْلَمَ) لِأَنَّ فِي العَزْلِ إِضْرَارًا بِهِ مِن حَيْثُ إِبْطَالُ وِلَايَتِهِ، أَوْ مِن حَيْثُ رُجُوعُ الحُقُوقِ، إِلَيْهِ فَيَنْقُدُ مِن مَالِ المُوَكِّلِ وَيُسَلِّمُ المَبِيعَ فَيَضْمَنُهُ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ، وَيَسْتَوِي الوَكِيلُ بِالنِّكَاحِ وَغَيْرُهُ لِلْوَجْهِ الأَوَّلِ، ....

يمكن مع المطلوب، ويمكنه أن يطلب منه وكيلًا آخر، وبخلاف ما إذا كان التوكيل بغير التماس الطالب؛ لأنه رضي ببطلان حقه، حيث لم يلتمس وكيلًا مع علمه أن الموكل ربما يغيب فلا يمكنه الخصومة معه.

قوله: (فهو على وكالته وتصرفه جائز) عندنا، وبه قال الشافعي في قول، ومالك في رواية وأحمد، وقال الشافعي في الأصح: ينعزل، وبه قال مالك في رواية، وأحمد في رواية؛ لأنه بالعزل يسقط حق نفسه؛ لأن نفوذ الوكالة لحق الموكل، والمرء ينفرد بإسقاط حق نفسه، كالطلاق والعتاق، فإنه يجوز بدون علم المرأة والعبد.

ولنا: في انعزاله بدون علمه إضرار به؛ لأنه ربما تصرف بناء على أنه وكيل ثم ظهر أنه غير وكيل، فلحقه عهدة وضمان؛ لأنه إذا نقد من مال الوكالة أو سلم المبيع يضمنه فيتضرر به، ولأن العزل خطاب ملزم للوكيل يمنع من التصرف، وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يعلم به كخطاب الشرع، فإن أهل قباء كانوا يصلون إلى بيت المقدس بعد الأمر بالتوجه إلى الكعبة، وجوز لهم النبي ﷺ حين لم يعلموا به[(١)]، وكذلك كثير من الصحابة شربوا الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم بذلك، وفيه نزول قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوٓا۟﴾ [المائدة:٩٣] الآية.

قوله: (للوجه الأول) وهو أن في العزل إبطال ولايته، وهو إضرار به؛ لأن الوكيل لما زوج أو طلق أو باع أو اشترى على ادعاء أنه وكيله، ثم لو صح عزله بغير علمه كان تكذيبًا للوكيل فيما ادعى من الوكالة ببطلان ولايته، وتكذيب الإنسان فيما يقول ضرر عليه، وهذا المعنى شامل للطلاق وغيره.

---

(١) أخرجه البخاري (١/ ٨٩، برقم ٤٠٣)، ومسلم (١/ ٣٧٥، برقم ٥٢٦) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

وَقَدْ ذَكَرْنَا اشْتِرَاطَ العَدَدِ أَوْ العَدَالَةِ فِي الْمُخْبِرِ فَلَا نُعِيدُهُ. قَالَ: (وَتَبْطُلُ الوَكَالَةُ بِمَوْتِ الْمُوَكِّلِ، وَجُنُونِهِ جُنُونًا مُطْبِقًا، وَلَحَاقِهِ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا) لِأَنَّ التَّوْكِيلَ تَصَرُّفٌ غَيْرُ لَازِمٍ فَيَكُونُ لِدَوَامِهِ حُكْمُ ابْتِدَائِهِ ....

وكذا الوكيل [لو][1] عزل نفسه بغير علم الموكل لا ينعزل ولا يخرج عن الوكالة، وعند الشافعي وأحمد ومالك في رواية ينعزل، وقال مالك: إن كان في عزله ضرر على الموكل لم ينعزل بدون علمه.

وفي الذخيرة: بإنكار الموكلِ الوكالةَ لا ينعزل.

وفي شرح الوجيز[2]: وجَحْدُ الوكيل الوكالة ردٌّ للوكالة إن لم يكن لنسيان أو غرض في الإخفاء، وإن كان لعمد ولا غرض في الإخفاء لا ينعزل، وعلى هذا جحد الموكل وإنكاره.

قوله: (وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة في المخبر) أي: في فصل القضاء بالمواريث في قوله: (ولا يكون النهي عن الوكالة) إلى آخره.

قوله: (تبطل بموت الموكل)[3] وكذا بموت الوكيل **(وجنونه مطبقًا)** ولا خلاف في هذا كله.

قوله: (فيكون لدوامه حكم ابتدائه) وفيه إشارة إلى أن التصرف إذا كان لازمًا لا يكون لدوامه حكم ابتدائه، والمعنى: أنه إذا كان غير لازم يملك الوكيل في كل لحظة نقضه وفسخه، فلما لم يفسخ جعل امتناعه عند إمكانه بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه إبدالًا للمتمكن مكان المبتدئ والمنشئ، كما قال صاحب الكشاف في قوله: ﴿ٱشْتَرَوُا۟ ٱلضَّلَـٰلَةَ بِٱلْهُدَىٰ﴾ [البقرة:١٦] مع عدم هداهم، كأنه جعل تمكنهم من الهدى فصار كأن الهدى في أيديهم، فإذا تركوه إلى الضلالة استبدلوها به.

وقد ذكر شمس الأئمة في أصول الفقه[4] أنَّ تركَ الفعلِ فعلٌ عند أهل

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٥/٢٥٦).
(٣) كذا في الأصول الخطية، وتقدم في المتن: (تبطل الوكالة بموت الموكل).
(٤) أصول السرخسي (١/٧٩).

فَلَا بُدَّ مِن قِيَامِ الأَمْرِ، وَقَدْ بَطَلَ بِهَذِهِ العَوَارِضِ، وَشَرْطٌ أَنْ يَكُونَ الجُنُونُ مُطْبِقًا، لِأَنَّ قَلِيلَهُ بِمَنْزِلَةِ الإِغْمَاءِ، وَحَدُّ المُطْبِقِ: شَهْرٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، اعْتِبَارًا بِمَا يَسْقُطُ بِهِ الصَّوْمُ. وَعَنْهُ: أَكْثَرُ مِن يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ، لِأَنَّهُ تَسْقُطُ بِهِ الصَّلَوَاتُ الخَمْسُ فَصَارَ كَالمَيِّتِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: حَوْلٌ كَامِلٌ(*)، لِأَنَّهُ يَسْقُطُ بِهِ جَمِيعُ العِبَادَاتِ فَقَدَّرَ بِهِ احْتِيَاطًا ......

السنة؛ لما فيه من استعمال أحد الضدين، والانتهاء عن المنهي عنه يتحقق بالترك، وذلك لأن حقيقة الانتهاء الامتناع عن إيجاد المنهي عنه، ولهذا يثاب بالانتهاء، فلا بد أن يكون الانتهاء أمرًا وجوديًّا حتى يكون مثابًا به، وليس تقدير الفعل في الانتهاء إلا بأن يجعل المتمكن كالمنشئ للفعل؛ لأنه في الحقيقة إبقاء العدم على العدم الأصلي، أما إذا كان التصرف لازمًا لا يأتي هذا المعنى؛ [٢/٢٤١/أ] لأن المتصرف لا يتمكن من فسخه في كل لحظة، فلا يجعل امتناعه عن العزل بمنزلة الابتداء، أو الابتداء لذلك؛ لأن الشيء إنما يتصور تقديرًا أن لو تصور حقيقة، وإذا ثبت أن للتوكيل حكم الابتداء في كل لحظة، وابتداء التوكيل لا يتصور من هؤلاء، فكذا البقاء. كذا قرره في النهاية.

وهذا معنى **قوله**: (**فلا بد من قيام الأمر**) أي: أمر الموكل بالتوكيل في كل ساعة (**وقد بطل**) أي: أمر التوكيل (**بهذه العوارض**) أي: الموت والجنون والارتداد، ولا يشكل بالبيع بالخيار فإنه غير لازم، ومع ذلك لا يبطل بالموت بل يتقرر؛ لأن الأصلَ في البيعِ اللزومُ، وعدم اللزوم بسبب العوارض، وهو الخيار، فإذا مات تقرر الأصل وبطل العارض؛ لعدم بقاء الخيار بموته.

وفي الذخيرة: إنما تبطل الوكالة بالجنون إذا كان في موضع يملك الموكل عزله، أما إذا كانت لازمة بحيث لا يقدر الموكل عزله، كما في الوكالة المشروطة في عقد الرهن ـ لا يبطل بجنونه وإن كان الجنون مطبقًا.

يقال: جنون مُطْبِق، بالباء المكسورة، أي: دائم، والحُمَّى المُطْبِقة: هي الدائمة، كذا بخط الزرنوجي، وقيل: مُطبِقًا: مستوعبًا، من أطبق الغيم السماء، أي: استوعبها.

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

قَالُوا: الحُكْمُ المَذْكُورُ فِي اللَّحَاقِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، لِأَنَّ تَصَرُّفَاتِ المُرْتَدِّ مَوْقُوفَةٌ عِنْدَهُ فَكَذَا وَكَالَتُهُ، فَإِنْ أَسْلَمَ نَفَذَ، وَإِنْ قُتِلَ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ بَطَلَتْ الوَكَالَةُ، فَأَمَّا عِنْدَهُمَا تَصَرُّفَاتُهُ نَافِذَةٌ(*) فَلَا تَبْطُلُ وَكَالَتُهُ، إِلَّا أَنْ يَمُوتَ أَوْ يُقْتَلَ عَلَى رِدَّتِهِ أَوْ يُحْكَمَ بِلَحَاقِهِ وَقَدْ مَرَّ فِي السِّيَرِ، وَإِنْ كَانَ المُوَكِّلُ امْرَأَةً فَارْتَدَّتْ فَالوَكِيلُ عَلَى وَكَالَتِهِ حَتَّى تَمُوتَ، أَوْ تَلْحَقَ بِدَارِ الحَرْبِ، لِأَنَّ رِدَّتَهَا لَا تُؤَثِّرُ فِي عُقُودِهَا عَلَى مَا عُرِفَ.

قوله: (قالوا: الحكم المذكور) أي: **بقوله** قبل هذا: **(ولحق بدار الحرب)** وقيد بلحاقه؛ لأنه لو ارتد ثم أسلم قبل اللحاق فهو على وكالته؛ لأن ملكه لم يزل قبل اللحاق؛ بل توقف، وبإسلامه قبل اللحاق تقرر ملكه، ألا ترى أنه لو باع بنفسه ثم أسلم نفذ بيعه! فكذا تبقى وكالته في جميع التصرفات ما خلا النكاحَ، فإنه بالردة يخرج من كونه مالكًا للنكاح بنفسه، فتبطل وكالته به أيضًا، ثم لا يعود إلا بالتجديد. كذا في المبسوط[١].

وعندهما: بلحاقه، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

قوله: (لأن ردتها لا تؤثر في عقودها) لأنها لا تقبل.

وفي المبسوط[٢]: لو وكلت قبل الارتداد مثلها أو مسلمًا لا تبطل ولايتها، وكذا يصح توكيلها حال ردتها، إلا أن توكل بالتزويج وهي مرتدة، حيث لا يصح؛ لأنها لا تملك أن تزوج نفسها، فكذا لا تصح توكيلها به.

ولو زوجها الوكيل في حال ردتها لم يجز، ولو زوجها بعد إسلامها جاز، كالمعتدة أو المنكوحة إذا وكلت إنسانًا بأن يزوجها، فيكون التوكيل مضافًا إلى ما بعد العدة والنكاح، فكذا هاهنا مضافًا إلى ما بعد الإسلام، بخلاف ما إذا وكلت في إسلامها، ثم ارتدت ثم أسلمت فزوجها ـ لم يجز؛ لأنها بالارتداد خرجت من أهلية النكاح، فيكون ذلك عزلًا لوكيلها، وبعدما انعزل لا يكون وكيلًا إلا بتجديد.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٣٩).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٤١).

قَالَ: (وَإِذَا وَكَّلَ الْمُكَاتَبُ ثُمَّ عَجَزَ، أَوْ الْمَأْذُونُ لَهُ ثُمَّ حُجِرَ عَلَيْهِ، أَوْ الشَّرِيكَانِ فَافْتَرَقَا، فَهَذِهِ الْوُجُوهُ تُبْطِلُ الْوَكَالَةَ عَلَى الْوَكِيلِ، عَلِمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ) لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ بَقَاءَ الْوَكَالَةِ يَعْتَمِدُ قِيَامَ الْأَمْرِ وَقَدْ بَطَلَ بِالْحَجْرِ وَالْعَجْزِ وَالِافْتِرَاقِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْعِلْمِ وَعَدَمِهِ، لِأَنَّ هَذَا عَزْلٌ حُكْمِيٌّ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْعِلْمِ كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ إِذَا بَاعَهُ الْمُوَكِّلُ.

قَالَ: (وَإِذَا مَاتَ الْوَكِيلُ أَوْ جُنَّ جُنُونًا مُطْبِقًا بَطَلَتْ الْوَكَالَةُ) لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَمْرُهُ بَعْدَ جُنُونِهِ وَمَوْتِهِ (وَإِنْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا لَمْ يَجُزْ لَهُ التَّصَرُّفُ إِلَّا أَنْ يَعُودَ

قوله: (أو الشريكان) أي: وكل واحدٌ من الشريكين الثالثَ.

قوله: (فهذه الوجوه تبطل الوكالة).

في المبسوط[1]: هذا إذا كانت الوكالة بالبيع والشراء، أما لو كان التوكيل بقضاء الدين أو التقاضي لا يبطل بعجز المكاتب وحجر المأذون؛ لأن في كل شيء وليه العبد لا تسقط المطالبة عنه بالحجر؛ بل يبقى مطالبًا بإيفائه واستيفائه، ولهذا ليس لمولى العبد أن يتقاضى دينه إن كان عليه دين أو لا؛ لأنه إن كان عليه دين فكسبه حق غرمائه، والمولى فيه كالأجانب، وإن لم يكن عليه فوجوب المال بعقد العبد، ولا يكون هو في هذا دون الوكيل، وما وجب من الثمن بعقد الوكيل لا يملك الموكل المطالبة به، فهاهنا أولى.

قوله: (كالوكيل بالبيع إذا باعه) أي: المبيع **(الموكل)** حيث يصير الوكيل معزولًا حكمًا؛ لفوات محل تصرف الوكيل.

(أو جن) أي: الوكيل **(جنونًا مطبقًا)** أما لو جن ساعة ثم أفاق فهو على وكالته، وجعل هذا كاليوم. ذكره في التتمة.

قوله: (لم يجز له) أي: للوكيل المرتد **(التصرف).**

قال شيخ الإسلام في مبسوطه: هذا إذا حكم القاضي بلحاقه، وإليه أشار في مبسوط شمس الأئمة؛ لأنه لما قضى بلحاقه فقد مَوَّتَه، أو جعله من أهل دار الحرب فتبطل الوكالة، أما قبل القضاء باللحاق لا يخرج عن الوكالة باتفاقهم.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٠٩).

مُسْلِمًا) قَالَ: وَهَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ، فَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: لَا تَعُودُ الوَكَالَةُ(*)، لِمُحَمَّدٍ: أَنَّ الوَكَالَةَ إِطْلَاقٌ، لِأَنَّهُ رُفِعَ المَانِعُ. أَمَّا الوَكِيلُ يَتَصَرَّفُ بِمَعَانٍ قَائِمَةٍ بِهِ، وَإِنَّمَا عَجَزَ بِعَارِضِ اللَّحَاقِ لِتَبَايُنِ الدَّارَيْنِ، فَإِذَا زَالَ العَجْزُ وَالإِطْلَاقُ بَاقٍ عَادَ وَكِيلًا. وَلِأَبِي يُوسُفَ، أَنَّهُ إِثْبَاتُ وِلَايَةِ التَّنْفِيذِ، لِأَنَّ وِلَايَةَ أَصْلِ التَّصَرُّفِ بِأَهْلِيَّتِهِ، وَوِلَايَةُ التَّنْفِيذِ بِالمِلْكِ، وَبِاللَّحَاقِ لَحِقَ بِالأَمْوَاتِ، وَبَطَلَتْ الوِلَايَةُ فَلَا تَعُودُ كَمِلْكِهِ فِي أُمِّ الوَلَدِ وَالمُدَبَّرِ.

وَلَوْ عَادَ المُوَكِّلُ مُسْلِمًا وَقَدْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا لَا تَعُودُ الوَكَالَةُ فِي الظَّاهِرِ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ: أَنَّهَا تَعُودُ كَمَا قَالَ فِي الوَكِيلِ. وَالفَرْقُ لَهُ عَلَى الظَّاهِرِ: أَنَّ

قوله: **(وهذا)** أي: جواز التصرف للوكيل عند عَوْدِهِ مسلمًا.

قوله: **(لمعانٍ قائمة به)** أي: بالوكيل من الحرية والعقل والبلوغ والقصد في ذلك التصرف، والكل قائم، وصحة التوكيل لحق الموكل، [٢/ ٢٤١/ ب] وحقه قائم أيضًا بعد لحاقه، ولكنه عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال، فإذا زال صار كأن لم يكن، فبقي الوكيل على وكالته، فصار بمنزلة ما لو أغمي على الوكيل.

(ولأبي يوسف أنه) أي: التوكيل **(إثبات ولاية التنفيذ)** لا ولاية أصل التصرف.

(وباللحاق) أي: القضاء باللحاق، صار ميتًا، وبذلك إبطال ولايته، فبطلت الوكالة **(فلا تعود)** أي: ملك التنفيذ **(كملكه في أم ولد والمدبر)** يعني يعتق أم ولده ومدبره بالقضاء بلحاقه، وبِعَوْدِهِ مسلمًا لا يعود ملكه فيهما، فلا يرتفع العتق، فكذا الوكالة التي بطلت لا تعود.

قوله: **(ولو عاد الموكل مسلمًا)** إلى آخره، أي: عاد بعد القضاء بلحاقه، وبه صرح في المبسوط(١).

(وعن محمد أنها) أي: التوكيل **(تعود)** أو عقد الوكالة **(والفرق له)** أي: لمحمد **(على الظاهر)** أي: على ظاهر الرواية، والحاصل أن أبا يوسف سَوَّى

(*) الراجح: قول أبي يوسف.
(١) المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٤).

مَبْنَى الوَكَالَةِ فِي حَقِّ المُوَكِّلِ عَلَى المِلْكِ وَقَدْ زَالَ وَفِي حَقِّ الوَكِيلِ عَلَى مَعْنًى قَائِمٍ بِهِ وَلَمْ يَزُلْ بِاللَّحَاقِ.

قَالَ: (وَمَنْ وَكَّلَ آخَرَ بِشَيْءٍ ثُمَّ تَصَرَّفَ بِنَفْسِهِ فِيمَا وَكَّلَ بِهِ، بَطَلَتْ الوَكَالَةُ) وَهَذَا اللَّفْظُ يَنْتَظِمُ وُجُوهًا: مِثْلَ، أَنْ يُوَكِّلَهُ بِإِعْتَاقِ عَبْدِهِ، أَوْ بِكِتَابَتِهِ فَأَعْتَقَهُ، أَوْ كَاتَبَهُ المُوَكِّلُ بِنَفْسِهِ، أَوْ يُوَكِّلَهُ بِتَزْوِيجِ امْرَأَةٍ، أَوْ بِشِرَاءِ شَيْءٍ ....

بين الفصلين، ومحمد فرق بينهما، فقال في عود الوكيل: تعود الوكالة في جميع الروايات، وفي عود الموكل: لا تعود في ظاهر الرواية.

والفرق أن الوكالة تعلقت بملك الوكيل، وقد بطل ملكه، فبطلت الوكالة على الثبات، فأما بِرَدِّهِ على الوكيل فلم يَزُلْ ملك الموكل، فكان محل تصرف الوكيل باقيًا، ولكنه عجز عن التصرف لعارض على شرف الزوال كما ذكر، فإذا زال العارض فصار كأن لم يكن.

وفي السير الكبير يقول محمد: يعود الوكيل على وكالته في هذا الفصل أيضًا؛ لأن الموكل إذا عاد عاد ماله على قديم ملكه، والوكالة تعلقت بقديم ملكه، فيعود بِعَوْدِ قديم ملكه، كما لو وكله ببيع عبده ثم باعه الموكل بنفسه، ورد عليه بعيب بقضاء ـ عاد الوكيل على وكالته، فهذا مثله. كذا في المبسوط[١].

قوله: (**ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه**) إلى آخره، ولا خلاف فيه.

وفي الذخيرة: الأصل في جنس هذه المسائل أن الموكل متى أحدث فيما وَكَّلَ ببيعه تصرفًا قبل بيع الوكيل، فإن كان تصرفًا يُعْجِز الوكيل عن البيع يخرج عن الوكالة، وإلا لا؛ لأنه إذا عجز عن البيع عجز عن الامتثال، فبالعجز يخرج عن الوكالة، فإذا باع أو وهب، أو تصدق وسلم، أو وطئ واستولد فيخرج الوكيل عن الوكالة، ولو وطئ ولم يستولد، أو أذن في التجارة، أو استخدم لا يخرج، ألا ترى أن الموكل بعد إحداث هذه التصرفات تعذر بيعه، فكذا وكيله، ولو رهن أو أجر لم يخرج في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أنه يخرج؛ لعدم جواز بيعه المرهون والمستأجر.

قوله: (**أو كاتبه الموكل**[٢] **بنفسه**) يعني يخرج الوكيل عن الوكالة، أما لو

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٥).

(٢) في الأصل: (الوكيل)، والمثبت من النسخة الثانية.

فَفَعَلَهُ بِنَفْسِهِ، أَوْ يُوَكِّلَهُ بِطَلَاقِ امْرَأَتِهِ فَطَلَّقَهَا الزَّوْجُ ثَلَاثًا أَوْ وَاحِدَةً وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا،

أسره أهل الحرب، فأدخلوه في دارهم فاشتراه منهم ـ لم تَعُد الوكالة، ولو أخذه من المشتري منهم بالثمن، أو عمن وقع في سهمه بالقيمة ـ فهو على وكالته؛ لعوده إلى قديم ملكه، أما الشراء منهم يملكه بملك جديد.

ولو وكله بعتق أمته فأعتقها المولى، فارتدت ولحقت بدار الحرب واسترقت فملكها المولى ـ لم يجز عتق الوكيل؛ لأنه مأمور بإزالة الرق الذي كان فيها، وقد زال، وهذا الحادث رق متجدد لتجدد سببه، فلا يكون وكيلًا بإزالته.

قوله: (ففعله بنفسه) أي: تزوجها الموكل بنفسه، أو اشتراه بنفسه ـ كان ذلك عزلًا، حتى لو أبانها بعد التزوج لم يكن للوكيل أن يزوجها إياه.

قوله: (لبقاء الحاجة)[(١)] يعني مقصود الموكل لم يحصل بمباشرة الوكيل للعقد الأول مع نفسه، ولا منافاة بين حكم ذلك العقد وبين الوكالة، ألا ترى أن ابتداء التوكيل بعد تزويجه صحيح، حتى إذا فارقها زوجها منه، فبقاؤها أولى، وذلك لأنها لما لم تكن محلًّا عند التوكيل لما أمر به صار التوكيل كالمضاف إلى ما بعد صيرورتها محلًّا، والتوكيل يحتمل الإضافة، ويحصل مقصود الموكل في ذلك، ولو ارتدت تلك المرأة المعينة، ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فأسلمت فزوجها الوكيل ـ جاز عند أبي حنيفة، خلافًا لهما؛ لأن من أصلهما أن تسمية المرأة مطلقًا في التوكيل ينصرف إلى الحرة، وعنده لا يتقيد بالحرة، ولو كان الموكل تزوج ذات رحم محرم منها، أو أربعًا سواها ـ بطلت الوكالة؛[٢/٢٤٢/أ] لأن الموكل صار بحال لا يملك مباشرة العقد عليها.

قوله: (أو واحدة وانقضت عدتها) أي: في الواحدة، أما في الثلاث لا حاجة إلى انقضاء العدة؛ لأنه لم يبق مالكًا للطلاق بعدُ، فينعزل الوكيل، أما في الواحدة ما دامت في العدة يملك طلاقها، فبقي الوكيل على وكالته، وبعد الخلع ما دامت في العدة يملك الزوج إيقاع الطلاق عليها عندنا، خلافًا للشافعي، فبقي الوكيل على وكالته، وبعد انقضاء العدة تبطل الوكالة؛ لأنه يملك الإيقاع عليها.

---

(١) انظر المتن ص ٧٤٧.

أَوْ بِالخُلْعِ فَخَالَعَهَا بِنَفْسِهِ، لِأَنَّهُ لَمَّا تَصَرَّفَ بِنَفْسِهِ تَعَذَّرَ عَلَى الوَكِيلِ التَّصَرُّفُ فَبَطَلَتْ الوَكَالَةُ، حَتَّى لَوْ تَزَوَّجَهَا بِنَفْسِهِ وَأَبَانَهَا لَمْ يَكُنْ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنهُ، لِأَنَّ الحَاجَةَ قَدْ انْقَضَتْ، بِخِلَافِ مَا إذَا تَزَوَّجَهَا الوَكِيلُ وَأَبَانَهَا، لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ المُوَكِّلَ لِبَقَاءِ الحَاجَةِ، وَكَذَا لَوْ وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدِهِ فَبَاعَهُ بِنَفْسِهِ، فَلَوْ رُدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ بِقَضَاءِ قَاضٍ؛ فَعَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ: أَنَّهُ لَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَبِيعَهُ مَرَّةً أُخْرَى، لِأَنَّ بَيْعَهُ بِنَفْسِهِ مَنْعٌ لَهُ مِن التَّصَرُّفِ فَصَارَ كَالعَزْلِ.

ولو تزوجها بعد العدة لا تعود الوكالة؛ لأنه يمكن الزوج من الإيقاع بالسبب المتجدد، والوكالة لم تتناوله، فلا تعود باعتباره، وعلى هذا لو ارتد الزوج أو المرأة فطلاق الوكيل يقع عليها؛ لبقاء تمكن الزوج من الإيقاع، أما لو لحق الزوج بدار الحرب بطلت الوكالة؛ لأن ذلك بمنزلة الموت. كذا في المبسوط[١].

وفي الذخيرة: لو قال: اخلعها، ثم خلعها الآمر بنفسه خرج عن الوكالة؛ لأن الخلع بعد الخلع لا يصح، وما ذكر في شرح القدوري: (لو طلق بنفسه إذا وكله بطلاقها يخرج عن الوكالة) محمول على الطلاق الثلاث، أو بعد انقضاء العدة؛ لما ذكرنا.

قوله: **(بقضاء قاضٍ)** قيد به؛ لأنه لو رده بالتراضي بغير قضاء فليس للوكيل أن يبيعه مرة أخرى بالإجماع.

وذكر المسألة في المبسوط[٢] في الرد بالقضاء من غير خلاف في جواز البيع للوكيل ثانيًا، ووضع المسألة في الأَمَة، ثم علل وقال: لأن الرد بالقضاء فسخ من الأصل، فعادت إلى قديم ملكه، وانتقاض الوكالة كان حكمًا؛ لزوال ملك الموكل، فإذا عاد ملكه عادت الوكالة، كما لو كان الرد بخيار الشرط للبائع أو المشتري، أو بفساد البيع، أو بخيار رؤية؛ لأن هذه الأسباب تفسخ العقد من الأصل، بخلاف ما لو رده بالعيب بالتراضي أو بالإقالة؛ لأن هذا السبب كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين، والوكيل غيرهما.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٩/ ١٢٦).

(٢) المبسوط للسرخسي (١٩/ ٥٠).

وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ مَرَّةً أُخْرَى(*)، لِأَنَّ الوَكَالَةَ بَاقِيَةٌ، لِأَنَّهُ إِطْلَاقٌ وَالعَجْزُ قَدْ زَالَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَكَّلَهُ بِالهِبَةِ فَوَهَبَ بِنَفْسِهِ ثُمَّ رَجَعَ، لَمْ يَكُنْ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَهَبَ، لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ فِي الرُّجُوعِ، فَكَانَ ذَلِكَ دَلِيلُ عَدَمِ الحَاجَةِ. أَمَّا الرَّدُّ بِقَضَاءٍ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ فَلَمْ يَكُنْ دَلِيلُ زَوَالِ الحَاجَةِ، فَإِذَا عَادَ إِلَيْهِ قَدِيمُ مِلْكِهِ كَانَ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وفي الكافي: وهذا ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف أنه ليس للوكيل أن يبيعه؛ لأن بيعه منع له عن التصرف، فصار كالعزل، فلا يعود وكيلًا إلا بتجديد الوكالة.

وفي التتمة: ولو باعه الوكيل فرد عليه بعيب بالقضاء كان أن يبيعه ثانيًا، فكذا إذا رد على الوكيل، يعود قديم الملك فيهما.

قوله: (**لأنه مختار**) أي: الواهب مختار (**في الرجوع فكان ذلك**) أي: الرجوع (**دليل زوال الحاجة**) إلى الهبة؛ إذ لو كان محتاجًا لما رجع، وكان دليلًا على نقض الوكالة.

وفي التتمة: قال محمد: لا يُشْبِهُ البيعُ الهبةَ؛ لأن الوكالة بالبيع لا تنقضي، ولهذا الوكيل بعدما باع يتولى حقوق العقد، ويتصرف فيها بحكم الوكالة، فإذا انفسخ والوكالة باقية جاز له البيع ثانيًا، أما الوكالة بالهبة تنقضي بمباشرة الهبة، حتى لا يملك الواهب الرجوع، ولا يصح تسليمه، فإذا رجع في هبته فقد عاد إليه العبد بملك جديد، ولا وكالة، فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيًا.

(*) الراجح: قول محمد.

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الدَّعْوَى

قَالَ: (المُدَّعِي مَنْ لَا يُجْبَرُ عَلَى الخُصُومَةِ إذَا تَرَكَهَا، وَالمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ يُجْبَرُ عَلَى الخُصُومَةِ) ....

كِتَابُ الدَّعْوَى

أعقبها على كتاب الوكالة؛ لما أن الوكالة بالخصومة مُفْضٍ إلى المنازعة إلى الدعوى، فكان كالسبب، والمُسبَّب يعقب السبب.

فالدعوى لغةً: اسم للادعاء، الذي هو مصدر ادَّعَى زيدٌ على عمروٍ مالًا، وأَلِفُها للتأنيث، فلا تنون، وجمعها دَعاوَى، بفتح الواو لا غير، كفتوى وفتاوَى.

وقيل: الدعوى لغةً: قول يُقصَد[1] به إيجاب حق على الغير.

وذكر شيخ الإسلام والمحبوبي: الدعوى لغةً: إضافة الشيء إلى نفسه بأن قال: (لي)، ومنه دعوة الرد[2].

وشرعًا: إضافة الشيء إلى نفسه في حالة المنازعة.

وفي الكافي: المصدر: الادعاء، (اِفْتِعالٌ) من دعا، والدَّعْوَى: اسمٌ له، ومنه قوله تعالى: ﴿دَعۡوَىٰهُمۡ فِيهَا سُبۡحَٰنَكَ ٱللَّهُمَّ﴾ [يونس:١٠] دعاؤهم، فمعناها الدعاء، والدَّعوة، بالفتح: المَدْعاة، وهي المَأْدُبة، وبالكسر: في النسب.

والمدعي عرفًا: من يقصد إيجاب الحق على غيره ولا حجة له؛ إذ بعد إقامة الحجة فيسميه القاضي محقًّا لا مدعيًا، ولهذا يقال: مسيلمة الكذاب مدعي النبوة، ولا يقال لنبينا عليه الصلاة والسلام مدعي النبوة؛ لأنه قد أثبتها بالمعجزات.

والمال المُدَّعى، و(المُدَّعى به) خطأٌ.

فركنها: إضافة الشيء إلى نفسه.

---

(١) في الأصل: (يصدق)، والمثبت من النسخة الثانية.

(٢) في الأصل: (الود)، والمثبت من النسخة الثانية.

وَمَعْرِفَةُ الفَرْقِ بَيْنَهُمَا مِن أَهَمِّ مَا يُبْتَنَى عَلَيْهِ مَسَائِلُ الدَّعْوَى، وَقَدْ اخْتَلَفَتْ عِبَارَاتُ المَشَايِخِ ـ رَحِمَهُمُ اللَّهُ ـ فِيهِ، فَمِنهَا مَا قَالَ فِي الكِتَابِ: وَهُوَ حَدٌّ عَامٌّ صَحِيحٌ. وَقِيلَ: المُدَّعِي مَنْ لَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا بِحُجَّةٍ كَالخَارِجِ، وَالمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ يَكُونُ مُسْتَحِقًّا بِقَوْلِهِ مِن غَيْرِ حُجَّةٍ كَذِي اليَدِ، وَقِيلَ: المُدَّعِي مَنْ يَتَمَسَّكُ بِغَيْرِ الظَّاهِرِ، وَالمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ يَتَمَسَّكُ بِالظَّاهِرِ.

وشرط جوازها: مجلس القضاء، فالدعوى في غير مجلس القضاء لا تصح، حتى لا تستحق على المدعى عليه الجواب.

وحكمها: وجوب الجواب على المدعى [٢/ ٢٤٢/ ب] عليه.

وسببها: ما هو سبب للمعاملات من تعلق بقاء المقدور.

وفي المبسوط، والتحفة، وجامع المحبوبي: سبب فسادها شيئان: جهالة المدعى، وكونها لا تكون ملزمًا لجواب الخصم.

قوله: (ومعرفة الفرق بينهما) أي: بين المدعي والمدعى عليه **(من أهم)** إلى آخره، وذلك لأن الإنسان قد يكون مدعيًا صورةً، ومع ذلك القول قوله مع يمينه، كما في المودَع إذا ادعى رد الوديعة، على ما ذكر في الكتاب.

قوله: (واختلفت عبارات المشايخ فيه) أي: في الفرق بينهما.

قيل: المدعي من يشتمل كلامه على الإثبات، ولا يصير خصمًا بالتكلم في النفي، فإن الخارج لو قال لذي اليد: (هذا الشيء ليس لك) لا يكون خصمًا ومدعيًا ما لم يقل: (هو لي) والمدعى عليه من يشتمل كلامه على النفي، فيكتفى به منه، فإن ذا اليد لو قال: (ليس هذا لك) كان خصمًا بهذا القدر، وقوله: (وهو لي) فضل من الكلام غير محتاج [إليه][١].

وقيل: من ادعى باطنًا ليزيل [به][٢] ظاهرًا [فهو المدعي، ومن ادعى ظاهرًا][٣] وقرار الشيء على هيئته فهو المدعى عليه.

وقيل: المدعي من شهد في يد غيره لنفسه، والمدعى عليه [من شهد][٤]

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ فِي الْأَصْلِ: الْمُدَّعَى عَلَيْهِ هُوَ الْمُنْكِرُ، وَهَذَا صَحِيحٌ، لَكِنَّ الشَّأْنَ فِي مَعْرِفَتِهِ وَالتَّرْجِيحِ بِالْفِقْهِ عِنْدَ الْحُذَّاقِ مِن أَصْحَابِنَا ـ رَحِمَهُمُ اللَّهُ ـ : لِأَنَّ الِاعْتِبَارَ لِلْمَعَانِي دُونَ الصُّوَرِ، فَإِنَّ الْمُودَعَ إِذَا قَالَ: رَدَدْت الْوَدِيعَةَ فَالْقَوْلُ لَهُ مَعَ الْيَمِينِ، وَإِنْ كَانَ مُدَّعِيًا لِلرَّدِّ صُورَةً، لِأَنَّهُ يُنْكِرُ الضَّمَانَ.

بما في يده لنفسه، [ولو شهد بما في يد غيره لغيره فهو شاهد][١] ولو شهد بما في يده لغيره فهو مقر. كذا في المبسوط، وشرح الطحاوي.

وقيل: المدعي من يلتمس غير الظاهر؛ إذ الظاهر أن الأملاك في يد المُلَّاك، والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر، كما إذا ادعى دينًا بوجه من الوجوه على آخر، فأنكره، فالمدعي [يدعي][٢] شَغْلَ ذمتِهِ بحقِّهِ، والمدعى عليه هو المنكر يتمسك بالأصل، وهو براءة ذمته، فلو أقر بالدين وقال: قضيته إياه كان هو المدعي؛ لأن القضاء يعترض على الوجوب، فكان أمرًا عارضًا، وكذا لو ادعى الإبراء أو التأجيل فهو المدعي؛ لدعواه العارض بعد الاشتغال.

(**وقال محمد في الأصل: المدعى عليه هو المنكر**) والآخر هو المدعي (**وهذا صحيح، ولكنَّ الشأنَ في معرفتِهِ**) أي: في معرفة المنكر (**والترجيحِ بالفقهِ**) أي: بالمعنى دون الظاهر.

قوله: (**لأنه ينكر**) أي: المودع بدعوى الرد ينكر (**الضمان**) أي: لوجوب الضمان (معنًى) لأنه يتمسك بالأصل؛ إذ الأصل في الذمم البراءة، ويحلفه القاضي أنه لا يلزمه رد ولا ضمان، ولا يحلفه على أنه رده؛ لأن اليمين أبدًا تكون على النفي.

فإن قيل: المودع بدعوى الرد يتمسك بما ليس بثابت، وهو الرد؛ إذ الرد لم يكن ثابتًا، والمودع يتمسك بما هو ثابت، وهو عدم الرد، فإنه كان ثابتًا، فينبغي أن يكون الأمر على العكس.

قلنا: المودع يدعي براءة ذمته عن الضمان معنًى، وهو أصل، والمودع يدعي الشغل، ولم يكن ثابتًا، ولهذا تقبل بينته [إذا أقامها][٣]؛ اعتبارًا للصورة، ويجبر على الخصومة، ويحلف؛ اعتبارًا للمعنى.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَلَا تُقْبَلُ الدَّعْوَى حَتَّى يَذْكُرَ شَيْئًا مَعْلُومًا فِي جِنْسِهِ وَقَدْرِهِ) لِأَنَّ فَائِدَةَ الدَّعْوَى الْإِلْزَامُ بِوَاسِطَةِ إِقَامَةِ الْحُجَّةِ، وَالْإِلْزَامُ فِي الْمَجْهُولِ لَا يَتَحَقَّقُ (فَإِنْ كَانَ عَيْنًا فِي يَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ كُلِّفَ إِحْضَارَهَا) لِيُشِيرَ إِلَيْهَا بِالدَّعْوَى، وَكَذَا فِي الشَّهَادَةِ

فإن قيل: يشكل هذا بما إذا ادعى المديون دفع الدين إلى وكيل رب الدين، ثم حضر رب الدين وأنكر الوكالة ـ فالقول له، على ما مرَّ في باب الوكالة، مع أن المديون يدعي البراءة.

قلنا: المديون يدعي البراءة هاهنا بعد الشغل، فكان الشغل أصلًا، والبراءة عارضًا، أما في رد الوديعة فالبراءة أصل، والشغل عارض، كما ذكرنا، فكان القول له.

قوله: (حتى يذكر شيئًا معلومًا)، اعلم أن الدعوى نوعان: صحيحة وفاسدة، والفاسد: ما لا تتعلق به الأحكام ببيانها، وفساد الدعوى إما ألا تكون ملزمة شيئًا على الخصم، أو يكون المدعى مجهولًا في نفسه، ولا نعلم فيه خلافًا إلا في الوصية، فإن الأئمة الثلاثة يُجَوِّزون دعوى المجهول في الوصية، فإن ادعى حقًّا من وصية أو إقرار، فإنهما يصحان بالمجهول، وتصح دعوى الإبراء بالمجهول بلا خلاف، ولا يُشترَط لسماع الدعوى المخالطةُ والمعاملةُ، ولا فرق فيه بين طبقات الناس.

وعن مالك: لا تُسمَع دعوى الدنيء على الشريف إذا لم يُعرَف بينهما سبب.

وفي الذخيرة: فإن كان المدعى مكيلًا لا بد من ذكر جنسه بأنه حنطة أو شعير، ويذكر مع ذلك نوعه: أنها سَقِيَّة أو برية أو ربيعية، ويذكر مع ذلك صفتها، كالحنطة البيضاء والحمراء، ويذكر أنها جيدة أو رديئة، ويذكر قدرها بالكيل بأنها كذا قفيزًا، بقفيز كذا؛ لأن القُفْزان تتفاوت في ذاتها، ويذكر سبب الوجوب؛ لأن أحكام الدين تختلف باختلاف أسبابها، فإنه إذا كان بسبب السلم يحتاج إلى بيان مكان الإيفاء؛ ليقع التحرز عن الاختلاف، ولا يجوز الاستبدال [٢/٢٤٣/أ] به قبل القبض، وإن كان من ثمن بيع يجوز الاستبدال به قبل القبض، ولا يشترط بيان مكان الإيفاء.

قوله: (وكذا في الشهادة) أي: يكلف المدعى عليه بإحضار المدعي ليشير إليه

وَالِاسْتِحْلَافِ، لِأَنَّ الإِعْلَامَ بِأَقْصَى مَا يُمْكِنُ شَرْطٌ، وَذَلِكَ بِالإِشَارَةِ فِي المَنْقُولِ، لِأَنَّ النَّقْلَ مُمْكِنٌ وَالإِشَارَةُ أَبْلَغُ فِي التَّعْرِيفِ، وَيَتَعَلَّقُ بِالدَّعْوَى وُجُوبُ الحُضُورِ، وَعَلَى هَذَا القُضَاةُ مِن آخِرِهِمْ فِي كُلِّ عَصْرٍ، وَوُجُوبُ الجَوَابِ إِذَا حَضَرَ لِيُفِيدَ حُضُورُهُ وَلُزُومُ إِحْضَارِ العَيْنِ المُدَّعَاةِ لِمَا قُلْنَا وَاليَمِينِ إِذَا أَنْكَرَهُ، وَسَنَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. قَالَ: (وَإِنْ لَمْ تَكُنْ حَاضِرَةً ذَكَرَ قِيمَتَهَا لِيَصِيرَ المُدَّعَى مَعْلُومًا) لِأَنَّ العَيْنَ لَا تُعْرَفُ بِالوَصْفِ، وَالقِيمَةُ تُعْرَفُ بِهِ ....

عند أداء الشهادة، والإشارة أبلغ في التعريف لعدم بقاء الاحتمال، حتى قالوا في المنقولات التي يتعذر نقلها، كالرحى ونحوه: حضر الحاكم عندها أو بعث أمينًا.

وفي المجتبى: قال الإسْبِيجابي في مسألة سرقة البقرة: لو اختلفا في لونها تقبل الشهادة عنده، خلافًا لهما، وهذه المسألة تدل على أن إحضار المنقول ليس بشرط لصحة الدعوى؛ إذ لو شرط لأحضرت، ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة، ثم قال: والناس عنها غافلون.

(**ويتعلق بالدعوى**) أي: بالدعوى الصحيحة بمجردها (**وجوب الحضور**) أي: حضور المدعى عليه، والمطالبة بالجواب (**وعلى هذا القضاة**) أي: على وجوب الحضور بمجرد الدعوى الصحيحة (**من آخرهم**) أي: بأجمعهم، يعني الفقهاءَ والمجتهدين، وذلك ثابت أيضًا بالنص، قال تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ ۝٤٨﴾ [النور:٤٨] ألحقَ الوعيد بمن امتنع عن الحضور بعد ما طولب، فدل أن الحضور يستحق عليه.

وقوله: (**لما قلنا**) إشارة إلى **قوله**: (**كُلِّفَ إحضارَها ليشير إليها**)[(١)].

(**فإن لم تكن حاضرة**) بأن كانت هالكة (**ذكر**) أي: المدعي (**قيمتها**) أي: قيمة العين (**لأن العين لا تعرف بالوصف**) إذ ربما توجد أعيان كثيرة بذلك الوصف، فلا يكون المدعى معلومًا به.

(**والقيمة تعرف به**) أي: بالوصف، فإنه إذا قال مثلًا: قيمته عشرة دراهم من الفضة الجديدة، أو كذا دينارًا من الذهب الركني تصير قيمته معلومة بهذا الوصف، كذا قيل.

---

(١) انظر المتن ص ٧٥٢.

وَقَدْ تَعَذَّرَ مُشَاهَدَةُ العَيْنِ.

وَقَالَ الفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ: يُشْتَرَطُ مَعَ بَيَانِ القِيمَةِ ذِكْرُ الذُّكُورَةِ وَالأُنُوثَةِ.

قَالَ: (وَإِنْ ادَّعَى عَقَارًا حَدَّدَهُ، وَذَكَرَ أَنَّهُ فِي يَدِ المُدَّعَى عَلَيْهِ، وَأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ) لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ التَّعْرِيفُ بِالإِشَارَةِ لِتَعَذُّرِ النَّقْلِ فَيُصَارُ إِلَى التَّحْدِيدِ، فَإِنَّ العَقَارَ يُعْرَفُ بِهِ،

وفي النهاية: والقيمة شيء، يُعرَف العين بذلك الشيء.

وقال قاضي خان وصاحب الذخيرة: لو كان العين غائبًا، وادعى أنه في يد المدعى عليه، فأنكر، إن بين المدعي قيمته وصفته تسمع دعواه وتقبل بينته، وإن لم يبين القيمة وقال: غصب مني عين كذا، ولا أدري أنه هالك أو قائم، ولا أدري: كم كانت قيمته؟ ذكر في عامة الكتب أنه تسمع دعواه؛ لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله، فلو كلف بيان القيمة لتضرر به، وقيل: لا بد من بيان قيمته.

وقال فخر الإسلام: إذا كانت المسألة مختلفًا فيها ينبغي للقاضي أن يكلف المدعي بيان القيمة، فإذا كلفه ولم يبين سمع دعواه، وعند الأئمة الثلاثة ذكر [المثل][(١)] أو القيمة في التالفة آكَدُ.

قوله: (وقد تعذر مشاهدة العين) يعني لما تعذر المشاهدة أقيم الوصف والقيمة في الغائب مقام المشاهدة. إليه أشار في المبسوط[(٢)].

قوله: (حدده) أي: ذكر حده يقول: تحددت الدار أحده حدًا، والتحديد مثله والعقار بالفتح الأرض والضياع والنخل، ومنه قولهم: ماله دار ولا عقار. كذا في الصحاح[(٣)].

(وذكر) أي: المدعي **(أنه)** أي: العقار.

(وأنه) أي: المدعي **(يطالبه)** المدعى عليه بالمدعى.

(لتعذر النقل) أي: نقل العقار، ولا يمكن أن يحضر القاضي على العقار؛ لأنه حينئذٍ يعجز عن إقامة حقوق الناس؛ لكثرة الدعاوى في العقار **(أو العقار يعرف به)** أي: بالتحديد.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية. (٢) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٦٣).
(٣) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٢/ ٧٥٤).

وَيَذْكُرُ الحُدُودَ الأَرْبَعَةَ، وَيَذْكُرُ أَسْمَاءَ أَصْحَابِ الحُدُودِ وَأَنْسَابَهُمْ، وَلَا بُدَّ مِن ذِكْرِ الجَدِّ، لِأَنَّ تَمَامَ التَّعْرِيفِ بِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَى مَا عُرِفَ هُوَ الصَّحِيحُ، وَلَوْ كَانَ الرَّجُلُ مَشْهُورًا يَكْتَفِي بِذِكْرِهِ، فَإِنْ ذَكَرَ ثَلَاثَةً مِن الحُدُودِ يُكْتَفَى بِهَا عِنْدَنَا خِلَافًا لِزُفَرَ لِوُجُودِ الأَكْثَرِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا غَلِطَ فِي الرَّابِعَةِ، لِأَنَّهُ يُخْتَلَفُ بِهِ المُدَّعَى، وَلَا كَذَلِكَ بِتَرْكِهَا، وَكَمَا يُشْتَرَطُ التَّحْدِيدُ فِي الدَّعْوَى يُشْتَرَطُ فِي الشَّهَادَةِ.

وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ: وَذَكَرَ أَنَّهُ فِي يَدِ المُدَّعَى عَلَيْهِ: لَا بُدَّ مِنهُ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَنْتَصِبُ خَصْمًا إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ، وَفِي العَقَارِ لَا يُكْتَفَى بِذِكْرِ المُدَّعِي وَتَصْدِيقِ المُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ فِي يَدِهِ، بَلْ لَا تَثْبُتُ اليَدُ فِيهِ إِلَّا بِالبَيِّنَةِ، أَوْ عِلْمِ القَاضِي، هُوَ الصَّحِيحُ، ....

قوله: (ولو كان الرجل مشهورًا) كأبي حنيفة ومحمد بن الحسن وابن أبي ليلى وأبي حفص الكبير البخاري **(يكتفي بذكره)** أي: بذكر الرجل بدون نسبته.

قوله: (خلافًا لزفر) فإنه يقول: التعريف لم يتم بدون ذكره.

وقوله: **(لوجود الأكثر)** دليلنا؛ إذ إقامة الأكثر مقام الكل أصل في الشرع.

ثم مقدار الطول يعرف بالحدين، ومقدار العرض بذكر أحد الحدين، وقد تكون الأرض مثلثة، كذا قيل، وفيه نوع تأمل.

قوله: (لأنه يختلف به) أي: بالغلط **(المدعى، ولا كذلك بتركها)** ونظيرها إذا ادعى شراء شيء بثمن منقود، فإن الشهادة تقبل عليه، وإن سكتوا عن جنس الثمن، ولو ذكروا ذلك واختلفوا لم تقبل. كذا قيل، وفيه نوع تأمل.

قوله: (يشترط في الشهادة) حتى لو ذكروا ثلاثة من الحدود في الشهادة قبلت شهادتهم عندنا، خلافًا لزفر؛ لما مر.

قوله: (لا تثبت اليد فيه) أي: في العقار **(إلا بالبينة أو علم القاضي)** أما في المنقول يثبت بالإقرار.

ذكر في الفتاوى الصغرى: لو ادعى المنقول فأقر المدعى عليه أنه في يده يقبل إقراره، وفي العقار لا يقبل حتى يقيم البينة، ولو أنكر اليد ولا بينة للمدعي على اليد يحلفه، [٢/٢٤٣/ب] وبإحداث اليد لا يكون صاحب اليد، حتى لو غصب أرضًا وزرع فيها فادعى رجل أنها أرضي وغصبها مني وزرعها، فلو أثبت

نَفْيًا لِتُهْمَةِ المُوَاضَعَةِ، إِذْ العَقَارُ عَسَاهُ فِي يَدِ غَيْرِهِمَا، بِخِلَافِ المَنْقُولِ، لِأَنَّ اليَدَ فِيهِ مُشَاهَدَةٌ.

وَقَوْلُهُ: «وَأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ» لِأَنَّ المُطَالَبَةَ حَقُّهُ فَلَا بُدَّ مِن طَلَبِهِ، وَلِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَرْهُونًا فِي يَدِهِ أَوْ مَحْبُوسًا بِالثَّمَنِ فِي يَدِهِ، وَبِالمُطَالَبَةِ يَزُولُ هَذَا الِاحْتِمَالُ، وَعَنْ هَذَا قَالُوا فِي المَنْقُولِ: يَجِبُ أَنْ يَقُولَ فِي يَدِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ.

قَالَ: (وَإِنْ كَانَ حَقًّا فِي الذِّمَّةِ ذُكِرَ أَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ) لِمَا قُلْنَا، وَهَذَا لِأَنَّ صَاحِبَ الذِّمَّةِ قَدْ حَضَرَ، فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا المُطَالَبَةُ، لَكِنْ لَا بُدَّ مِن تَعْرِيفِهِ بِالوَصْفِ لِأَنَّهُ يُعْرَفُ

الغصب وإحداث يده يكون هو ذا اليد، والذي زرعه خارج، والحكم بينهما معلوم. ذكره في عامة الفتاوى.

ولأصحاب الشافعي في إثبات اليد بالبينة قولان، الأصح ألا يثبت بالبينة.

قوله: (نفيًا لِتُهَمَة المواضعة) أي: يحتمل أنهما تواضعا على أن يصدق المدعى عليه المدعي بأن العقار في يد المدعي؛ ليحكم القاضي باليد للمدعي؛ حتى يتصرف المدعي فيه، وهو في الواقع في يد الثالث ـ كان ذلك قضاء بالتصرف في مال الغير، ويؤدي ذلك إلى نقض القضاء عند ظهوره أنه في يد الثالث.

(لأن المطالبة حقه) أي: حق المدعي **(فلا بد من طلبه)** حتى يجبُ على القاضي إعانته.

وقوله: **(وعن هذا قالوا)** إلى آخره، إشارة إلى قوله: **(يحتمل أن يكون مرهونًا أو محبوسًا)**.

وقوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى أن المطالبة حقه، فلا بد من طلبه.

(لا بد من تعريفه بالوصف) أي: من تعريف ما في الذمة بالوصف، مثل أن يقول: كذا درهمًا أو دينارًا، فبعد ذلك إن كان مضروبًا يذكر نوعه كبخاريٍّ[١] الضرب، أو النيسابوري الضرب، وينبغي أن يذكر صفته أنه جيد أو وسط أو رديء، وإنما يحتاج إلى ذكر الصفة إذا كان في البلد نقود مختلفة، أما إذا كان نقدًا واحدًا فلا يحتاج.

---

(١) في الأصل: (يحالف)، والمثبت من النسخة الثانية.

بِهِ. قَالَ: (وَإِذَا صَحَّتْ الدَّعْوَى، سَأَلَ القاضي المُدَّعَى عَلَيْهِ عَنْهَا) لِيَنْكَشِفَ لَهُ وَجْهُ الحُكْمِ (فَإِنْ اعْتَرَفَ قُضِيَ عَلَيْهِ بِهَا) لِأَنَّ الإِقْرَارَ مُوجِبٌ بِنَفْسِهِ فَيَأْمُرُهُ بِالخُرُوجِ عَنْهُ

ولو كان في البلد نقود مختلفة والكل في الرواج سواء، ولا فضل للبعض على البعض يجوز البيع، ويعطي المشتري البائع أيَّ نقدٍ شاء، إلا أن في الدعوى لا بد من تعيين أحدهما، وإن كان أحدها أَرْوَجَ يصير ذلك كالملفوظ في البيع والدعوى، فلا حاجة إلى البيان.

وإن كانت الدعوى بسبب القرض أو الاستهلاك فلا بد من بيان الصفة على كل حال، وإن [كان][1] المدعى دراهم مضروبة، والغش فيها غالب؛ إن كان يتعامل بها وزنًا يذكر [نوعَها، ومقدارَ][2] وزنِها، وصفتَها، وإن كان يتعامل عددًا يذكر عددها.

ولو ادعى الحنطة أو الشعير بالأَمْناء، وبيَّن أوصافها قيل: لا تصح هذه الدعوى، وقيل: تصح، وفي الذرة والماشِّ يعتبر العرف.

ولو ادعى الدقيق بالقفيز لا يصح لانكباسه بالكبس، ولا بد لصحة الدعوى من ذكر الوزن، ولا بد أيضًا أن يذكر دقيق حنطة يابسة أو مغسولة، ويذكر مع ذلك أنه جيد أو وسط أو رديء. الكل من الذخيرة.

قوله: (قضي عليه) أي: على المدعى عليه **(بها)** أي: بالدعوى، ولفظ القضاء هاهنا مجاز؛ للزومه بإقراره، ولا حاجة إلى القضاء.

وقد ذكر في الإيضاح في هذه الصورة: وإطلاق لفظ الحكم على الإقرار توسع في الكلام؛ لأن الإقرار حجة بنفسه؛ لأن الحجة ما يَلْزَمُ الإنسانَ موجبُها، وللإنسان ولاية كاملة على نفسه، فكان إقراره حجة لا تتوقف على القضاء، فكان الحكم من القاضي إلزامًا للخروج عن موجب إقراره، بخلاف البينة، فإن الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب، وبالقضاء يصير حجة ويسقط احتمال الكذب، فتبين أن عمل القضاء في حق البينة أن يُصَيِّرَها حجة، والإقرار حجة بنفسه، فيلزمه الخروج عن موجبه.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(وَإِنْ أَنْكَرَ سَأَلَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَلَك بَيِّنَةٌ»؟ فَقَالَ لَا، فَقَالَ: «لَك يَمِينُهُ» سَأَلَ وَرَتَّبَ الْيَمِينَ عَلَى فَقْدِ الْبَيِّنَةِ فَلَا بُدَّ مِن السُّؤَالِ لِيُمْكِنَهُ الِاسْتِحْلَافُ. قَالَ: (فَإِنْ أَحْضَرَهَا قُضِيَ بِهَا) لِانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ عَنْهَا (وَإِنْ عَجَزَ عَنْ ذَلِكَ وَطَلَبَ يَمِينَ خَصْمِهِ اسْتَحْلَفَهُ عَلَيْهَا) لِمَا رَوَيْنَا، وَلَا بُدَّ مِن طَلَبِهِ لِأَنَّ الْيَمِينَ حَقُّهُ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ كَيْفَ أُضِيفَ إلَيْهِ بِحَرْفِ اللَّامِ فَلَا بُدَّ مِن طَلَبِهِ.

الخطاب في قوله ﷺ: «**ألك بينة؟**»[(١)] للمدعي من الحضرمي والكندي في حديثهما.

(**فلا بد من السؤال**) على البينة (**ليمكنه الاستحلاف**).

(**فإن أحضرها**) أي: البينة (**قضي بها**) أي: بالبينة (**لانتفاء التهمة عنها**) أي: عن الدعوى؛ لرجحان جانب الصدق فيها؛ لأن خبر المدعي لما عارضه خبر المدعى عليه ظهر رجحان جانب الصدق في خبر المدعي بالبينة، ويترجح جانب الصدق في خبر المدعي لا في خبر المدعى عليه بالنص المذكور، على خلاف القياس.

(**لما روينا**) وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «**أَلَك بَيِّنَةٌ**».

قوله: (**لا بد من طلبه**) أي: طلب الاستحلاف.

(**كيف أضيف إليه**) أي: إلى المدعي (**بحرف اللام**) في قوله ﷺ: «**لَكَ يَمِينُه**»، واللام مقتضية للاختصاص.

والفقه فيه: أن المدعي يزعم أنه أَتْوَى حقه بإنكاره، فشرع الاستحلاف، حتى لو كان الأمر كما زعم يكون إتواءً بمقابلة إتواء، فاليمين الفاجرة تَدَعُ الديارَ بَلاقِعَ[(٢)]، وإلا ينال المدعى عليه الثواب بذكر اسم الله تعالى على سبيل التعظيم صادقًا، ولا يتضرر بوجه، وكان [٢/ ٢٤٤/ أ] في شرعية اليمين إظهار صدق المدعى عليه بوجه، فكان فيها حقه أيضًا. إليه أشار في المبسوط.

---

(١) أخرجه مسلم (١/ ١٢٣ رقم ١٣٩) من حديث وائل بن حجر رضي الله عنه.
(٢) البلاقع: الأراضي المُقفِرة. القاموس المحيط (١/ ٧٠٥).

بَابُ اليَمِينِ

(وَإِذَا قَالَ المُدَّعِي: لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ، وَطَلَبَ اليَمِينَ لَمْ يُسْتَحْلَفْ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ مَعْنَاهُ: حَاضِرَةٌ فِي المِصْرِ: وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يُسْتَحْلَفُ(*)، لِأَنَّ اليَمِينَ حَقُّهُ بِالحَدِيثِ المَعْرُوفِ، فَإِذَا طَالَبَهُ بِهِ يُجِيبُهُ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: أَنَّ ثُبُوتَ الحَقِّ فِي

بَابُ الْيَمِينِ

لما كانت اليمين مشروعة بعد فَقْد البينة ذكرها بعد ذكر البينة وأحكامها وشرائطها.

قوله: (**بينة حاضرة**) البينة: الحجة، وهي (فَيْعِلة) من البيان؛ لأنها تظهر الصادق من الكاذب، أو من التبين؛ لأنها تفصل بين الصادق والكاذب، أو تفصل الحق من الباطل.

قوله: (**معناه**) أي: معنى قوله: حاضرة (**حاضرة في المصر**) واحترز به عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم، فحينئذ لا يجوز الحكم باليمين بالإجماع وإن طلب الخصم.

(**لأن اليمين حقه**) أي: حق المدعي (**بالحديث المعروف**) وهو قوله عليه السلام: «**لك يمينه**».

وفي المبسوط: للمدعي غرض صحيح في الاستحلاف إذا لم تكن حاضرة في مجلس الحكم، وهو أن يقصر المسافة والمؤنة بإقرار المنكر أو نكوله عن اليمين، فيتوصل إلى حقه في الحال، فكان له أن يطلب يمينه بما روينا، وهو قوله عليه السلام للمدعي: «**أَلَكَ بَيِّنَةٌ**»، قال: لا، فقال: «**لَكَ يَمِينُه**»[1]، فجعل له يمين الخصم عند عدم الشهود، فلا يكون له عند وجودها.

في المبسوط: إنما يكون المنكر متلفًا حق المدعي إذا لم يكن له شهود حضور، ولو استحلف القاضي الخصم مع حضور الشهود لكان في ذلك افتضاح المسلم إذا أقام المدعي بينة بعد ذلك[2].

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) أخرجه مسلم (١/ ١٢٣ رقم ١٣٩) من حديث وائل بن حجر رضي الله عنه.

(٢) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١١٧).

الْعَيْنِ مُرَتَّبٌ عَلَى الْعَجْزِ عَنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ لِمَا رَوَيْنَا فَلَا يَكُونُ حَقُّهُ دُونَهُ، كَمَا إِذَا كَانَتْ الْبَيِّنَةُ حَاضِرَةً فِي الْمَجْلِسِ.

وَمُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ فِيمَا ذَكَرَهُ الْخَصَّافُ، وَمَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِيمَا ذَكَرَهُ الطَّحَاوِيُّ. قَالَ: (وَلَا تُرَدُّ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعِي) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» قَسَمٌ، وَالْقِسْمَةُ تُنَافِي الشَّرِكَةَ، وَجَعَلَ جِنْسَ الْأَيْمَانِ عَلَى الْمُنْكِرِينَ وَلَيْسَ وَرَاءَ الْجِنْسِ شَيْءٌ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَالَ: (وَلَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ صَاحِبِ الْيَدِ فِي الْمِلْكِ الْمُطْلَقِ، وَبَيِّنَةُ الْخَارِجِ أَوْلَى).

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقْضَى بِبَيِّنَةِ ذِي الْيَدِ لِاعْتِضَادِهَا بِالْيَدِ، فَيَتَقَوَّى الظُّهُورُ، وَصَارَ

قوله: (فلا يكون) أي: اليمين **(حَقَّه)** أي: حق المدعي **(دونه)** أي: دون العجز عن البينة، أي: بغير العجز عن إقامة البينة، فلا تكون له ولاية الاستحلاف.

قوله: (وفيه) أي: في رد اليمين على المدعي بعد نكول المدعى عليه **(خلاف الشافعي)** فإنه يقول برد اليمين على المدعي، وبه قال مالك فيما يثبت بشاهد ويمين يحبس المدعى عليه حتى يحلف أو يقر كما قلنا في القصاص، وقال أحمد في الظاهر: لا يرد، كقولنا، وتجيء المسألة بعد هذه **بقوله: (وإذا نكل المدعى عليه)**(١) إلى آخره.

قوله: (في الملك المطلق) قيد به احترازًا عن الملك المقيد بدعوى النِّتاج أو سبب لا يتكرر، أو بتاريخ أسبق بالشراء من واحدة، فإنها تقبل بينة ذي اليد بالإجماع.

قوله: ([وقال](٢) الشافعي: يقضي بينة ذي اليد) وبه قال مالك والقاضي من أصحاب أحمد، وقال أحمد كقولنا، ومن أصحاب الشافعي من قال: يقضي ببينة صاحب اليد مع يمينه، والمنصوص عنه أنه يقضي لذي اليد بلا يمينه لتعاضد بينتها باليد؛ إذ اليد دليل الملك.

---

(١) انظر المتن ص ٧٦١.
(٢) مثبتة من المتن.

كَالنِّتَاجِ وَالنِّكَاحِ وَدَعْوَى المِلْكِ مَعَ الإِعْتَاقِ وَالِاسْتِيلَادِ وَالتَّدْبِيرِ. وَلَنَا: أَنَّ بَيِّنَةَ الخَارِجِ أَكْثَرُ إِثْبَاتًا أَوْ إِظْهَارًا، لِأَنَّ قَدْرَ مَا أَثْبَتَهُ اليَدُ لَا يُثْبِتُهُ بَيِّنَةُ ذِي اليَدِ، إِذْ اليَدُ دَلِيلُ مُطْلَقِ المِلْكِ، بِخِلَافِ النِّتَاجِ، لِأَنَّ اليَدَ لَا تَدُلُّ عَلَيْهِ، وَكَذَا عَلَى الإِعْتَاقِ وَأُخْتَيْهِ وَعَلَى الوَلَاءِ الثَّابِتِ بِهَا. قَالَ: (وَإِذَا نَكَلَ المُدَّعَى عَلَيْهِ عَنْ اليَمِينِ، قُضِيَ

قوله: (**والنكاح**) بأن ادعيا نكاح امرأة وهي في يد أحدهما يقضى لصاحب اليد بالإجماع (**ودعوى الملك مع الإعتاق**) بأن ادعى عبدًا في يد رجل، وأقام بينة أنه عبده أعتقه، وأقام ذو اليد بينة أنه أعتقه وهو يملكه، فبينة ذي اليد أولى (**والاستيلاد**) بأن ادعيا أنها أمته استولدها أو دبرها، وهي في يد أحدهما، وبرهنا، فبينة ذي اليد أولى.

قوله: (**أكثر إثباتًا أو إظهارًا**) يعني البينات شرعت للإثبات؛ لأنها وإن كانت مبينة في التحقيق ومظهرة، ولكن لما لم يكن لنا علم بذلك ـ والأحكام في حقنا تثبت بأسبابها ـ أحدث البينة حكم الإثبات، ولهذا وجب الضمان على الشهود عند الرجوع؛ لأن الحكم مضاف إلى شهادتهم إيجابًا، فكانت أكثر إثباتًا في حقنا، وأكثر إظهارًا في الواقع، وبينة الخارج أكثر إثباتًا؛ لأنه يستحق ببينته شيئًا؛ لأنه لا ملك للخارج بوجه، فكانت أولى بالقبول؛ لأن البينات للإثبات، فيطلب الترجيح أولًا من حيث الثبوت، فإن استويا فحينئذ باليد، كما في النتاج، فإنهما استويا في الإثبات؛ لأن لكل واحد من البينتين يثبت أولية الملك لصاحبه.

(**وكذا**) اليد لا تدل (**على الإعتاق وأُخْتَيْه**) أي: التدبير والاستيلاد، فإن استوت البينات في الإثبات فترجح بينة ذي اليد؛ ليده، ولأن الخارج هو المدعي، والبينة بينة المدعي بالحديث، فإنه يدل على أن جنس البينات في جانب المدعيين قضية؛ لحرف الاستغراق، فلا تبقى بينة في جانب المدعى عليه؛ إذ ليس وراء الجنس شيء.

فإن قيل: ينبغي أن تكون في النتاج بينة الخارج أولى؛ لأنها أكثر إثباتًا؛ لأنها تثبت اليد[٢/ ٢٤٤/ ب] والنتاج، وبينة صاحب اليد تثبت النتاج فقط.

قلنا: إنما رجحنا بينة الخارج؛ لأنه أكثر إثباتًا؛ لأنها تثبت الملك على

عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ، وَأَلْزَمَهُ مَا ادَّعَى عَلَيْهِ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يُقْضَى بِهِ، بَلْ يَرُدُّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعِي، ....

خصم هو مالك، وبينة ذي اليد لا تثبت الملك على خصم هو مالك؛ إذ لم يثبت الاستحقاق للخارج بمجرد إقامة البينة بغير القضاء، فلا يصير هو مقضيًّا [عليه][(١)] لو قضى ببينة ذي اليد، وإذا قضى بينة الخارج صار ذو اليد مقضيًّا [عليه][(٢)]، فلزيادة الإثبات رجحناها.

بخلاف دعوى النتاج، فإن كل واحد من البينتين يثبت أولية الملك لصاحبه، وذلك لا يكون استحقاقًا على غيره، ولهذا لا يصير ذو اليد مقضيًّا عليه إذا أقام البينة على النتاج، حتى لو أقام البينة على النتاج بعد القضاء للخارج وجب قبول بينته، فلما استويا في الإثبات رجحنا بينة ذي اليد. كذا في المبسوط[(٣)].

وفي الإيضاح: بينة الخارج تثبت على ذي اليد ملكًا لم يكن ثابتًا، فأما ذو اليد فلا يثبت على الخارج ملكًا لم يكن ثابتًا، فلا تقبل بينته إلا على سبيل الدفع لبينة الخارج[(٤)]، ففي النتاج بينة صاحب اليد متضمنة دفع بينة الخارج، بخلاف الملك المطلق؛ لأنه يتصور ثبوته لهما على التعاقب، فلم يكن في بينة ذي اليد ما يدفع بينة الخارج، فلا تقبل.

فإن قيل: لما تعارضت البينات ينبغي أن يبقى الملك في يد ذي اليد، كما في الأدلة الشرعية إذا تعارضت يبقى الحكم على الأصل.

قلنا: الأدلة الشرعية حجة في النفي والإثبات فيتحقق التعارض، وهاهنا البينات للإثبتات لا للنفي، وحاجة ذي اليد إلى نفي استحقاق الخارج، فلم يتحقق التعارض، فلما لم تعارض بينة ذي اليد بينة الخارج صار وجودها كعدمها، وعند عدمها نحكم ببينة الخارج، فكذا عند وجودها، إليه أشار في المبسوط، وفيه نوع تأمل.

قوله: **(بل يرد اليمين على المدعي)** وقد بينا الخلاف فيه، وكذا إذا لم يكن

---

(١) مثبتة من المبسوط (١٧/ ٣٣).

(٢) مثبتة من المبسوط (١٧/ ٣٣).

(٣) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٣٣).

(٤) في الأصل: (الدفع) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

....

للمدعي إلا شاهد واحد، وعجز عن إقامة شاهد آخر فإنه يرد اليمين عليه عند الشافعي ومالك وأحمد، فإن حلف يقضى له، وإن نكل لا؛ لما روي أنه عليه السلام قضى بشاهد ويمين[١]، وعندنا يستحلف المدعى عليه فقط.

ولنا: قوله عليه السلام: «**الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**»[٢]، ومطلق القسم يقتضي انتفاء المشاركة، فدل أن جنس الأيمان في جانب المدعي؛ إذ اللام لاستغراق الجنس، فمن جعل بعض الأيمان حجة للمدعي، فقد خالف النص، وحديث الشاهد واليمين غريب، وما رويناه مشهور تلقته الأمة بالقبول حتى صار في حيز التواتر، فلا يعارضه، حتى إن يحيى بن معين رده، مع أنه يحتمل أنه قضى بشاهد المدعي ويمين المدعى عليه؛ إذ ما روي أنه قضى بيمين المدعي، وهذا البحث بتمامه مذكور في بيان الوصول شرح الأصول.

واحتج الشافعي في رد اليمين بما روى الدارقطني عن ابن عمر «أنه عليه السلام رد اليمين على طالب الحق»[٣]، ولأن الظاهر شاهد للمدعي بنكول المدعى عليه، فيعتضد بيمينه كالمدعى عليه، ولأن النكول محتمل يحتمل أن يكون تورعًا عن اليمين الكاذبة، ويحتمل الترفع عن الصادقة، كما فعله عثمان، فإنه نكل عن اليمين، وقال: أخاف أن يوافقه القدر، فيقال: إن عثمان حلف كاذبًا، ويحتمل أن يكون لاشتباه الحال، والمحتمل لا يكون حجة.

ولنا: ما روينا من قوله عليه السلام: «**الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**»،

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٣٣٧ رقم ١٧١٢) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٨/ ١٢٣ رقم ١٦٨٨٢) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ قال: «الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ إِلَّا فِي الْقَسَامَةِ».
والترمذي (٣/ ١٩ رقم ١٣٤١) بلفظ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ».
قال الترمذي: هذا حديث في إسناده مقال، ومحمد بن عبيد الله العرزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه، ضعفه ابن المبارك وغيره.
وأخرج البخاري (٣/ ١٤٣ رقم ٢٥١٤)، ومسلم (٣/ ١٣٣٦ رقم ١٧١١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بِالْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ.

(٣) أخرجه الدرا قطني (٥/ ٣٨١ رقم ٤٤٩٠)، والحاكم في المستدرك وصححه (٤/ ١١٣ رقم ٧٠٥٧)، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

فَإِذَا حَلَفَ يَقْضِي بِهِ، لِأَنَّ النُّكُولَ يَحْتَمِلُ التَّوَرُّعَ عَنْ اليَمِينِ الكَاذِبَةِ، وَالتَّرَفُّعَ عَنْ الصَّادِقَةِ، وَاشْتِبَاهَ الحَالِ، فَلَا يَنْتَصِبُ حُجَّةً مَعَ الِاحْتِمَالِ، وَيَمِينُ المُدَّعِي دَلِيلُ الظُّهُورِ فَيُصَارُ إِلَيْهِ. وَلَنَا: أَنَّ النُّكُولَ دَلَّ عَلَى كَوْنِهِ بَاذِلًا أَوْ مُقِرًّا، إِذْ لَوْلَا ذَلِكَ لَأَقْدَمَ عَلَى اليَمِينِ إِقَامَةً لِلْوَاجِبِ وَدَفْعًا لِلضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ فَتَرَجَّحَ هَذَا الجَانِبُ، وَلَا وَجْهَ لِرَدِّ اليَمِينِ عَلَى المُدَّعِي لِمَا قَدَّمْنَاهُ.

فدل أن جنس الأيمان على المنكر كما ذكرنا، وادعى زيد بن ثابت عند عثمان على ابن عمر أنه باعه عبدًا يعلم عيبه، فقال عثمان لابن عمر: احلف: ما بعته وبه عيب علمته، فأبى ابن عمر أن يحلف، فرد عليه العبد، ولم يرد اليمين.

وما روي غريب لا يعارض الحديث المشهور، مع أنه يحتمل أنه عَلَيْهِ السَّلَامُ رد اليمين عليه برضا المدعى عليه صلحًا، ولأن اليمين واجبة عليه بالحديث، وترك هذا الواجب دليل على أنه باذل حق المدعي عند أبي حنيفة، أو مقر بحقه عندهما؛ إذ لو لم يكن كذلك لأقدم عليها تَفَصِّيًا[1] عن عهدة الواجب، ودفعًا للضرر عن نفسه، والشرع ألزمه التورع عن اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة، فترجح جانب التورع في نكوله، فيكون النكول إما بذلًا أو إقرارًا، ولا يجوز أن يكون لاشتباه الحال؛ إذ لو كان [٢/ ٢٤٥/أ] كذلك لاستمهل من القاضي؛ لينكشف عليه الحال.

(لما قدمنا) إشارة إلى قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «**البَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي**» الحديث.

وما روي أن عثمان ادعى مالًا على المقداد عند عمر، فقال المقداد: لِيحلفْ عثمانُ لي ويأخذ حقه[2]، فقال عمر: لقد أنصف المقداد.

وما روي عن علي أنه حَلَّف المدعي بعد نكول المنكر ليس بحجة للخصم؛ لأن المقداد ادعى الإيفاء على عثمان، أو كان ذلك برضا المقداد، وما روي عن علي كان بناء على مذهبه أنه يُحَلِّف المدعي مع تمام حجة القضاء بالبينة، مع أنه كان يحتمل أنه كان ذلك برضا المدعى عليه صلحًا.

وفي المبسوط والأسرار: مذهبنا مؤيد بإجماع الصحابة، وروى عن علي

---

(١) تخلصًا.

(٢) بعدها في الأصل: (فقال حقه)، والسياق المثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَقُولَ لَهُ: «إِنِّي أَعْرِضُ عَلَيْك الْيَمِينَ - ثَلَاثًا - فَإِنْ حَلَفْت وَإِلَّا قَضَيْتُ عَلَيْك بِمَا ادَّعَاهُ» وَهَذَا الْإِنْذَارُ لِإِعْلَامِهِ بِالْحُكْمِ، إذْ هُوَ مَوْضِعُ الْخَفَاءِ. قَالَ: (فَإِذَا كَرَّرَ الْعَرْضَ عَلَيْهِ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ: قُضِيَ عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ) وَهَذَا التَّكْرَارُ ذَكَرَهُ الْخَصَّافُ رَحِمَهُ اللهُ لِزِيَادَةِ الِاحْتِيَاطِ وَالْمُبَالَغَةِ فِي إبْلَاءِ الْعُذْرِ، فَأَمَّا الْمَذْهَبُ: أَنَّهُ لَوْ قُضِيَ بِالنُّكُولِ بَعْدَ الْعَرْضِ مَرَّةً جَازَ لِمَا قَدَّمْنَاهُ هُوَ الصَّحِيحُ، وَالْأَوَّلُ أَوْلَى، ثُمَّ النُّكُولُ قَدْ يَكُونُ حَقِيقِيًّا: كَقَوْلِهِ: لَا أَحْلِفُ، وَقَدْ يَكُونُ حُكْمِيًّا، بِأَنْ يَسْكُتَ، وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْأَوَّلِ، إذَا عَلِمَ أَنَّهُ لَا آفَةَ بِهِ مِن طَرَشٍ أَوْ خَرَسٍ هُوَ الصَّحِيحُ.

موافقة الإجماع، فإنه روي عن شريح في المنكر طلب منه رد اليمين إلى المدعي، فقال: ليس لك إليه سبيل، وقضى بالنكول بين يدي عليٍّ، فقال له عليٌّ: (قالون) وهي بلغة الرومية: أصبتَ.

وعن عمر أن امرأة ادعت على زوجها أنه قال لها: حَبْلُكِ على غارِبِكِ، فحَلَّف عمرُ الزوجَ بالله: ما أردت طلاقًا، فنكل، فقضى عليه بالفرقة، وكذا روي عن ابن عباس، وهو مذهب أبي موسى الأشعري.

قوله: **(لإعلامه بالحكم)** أي: الحكم بالنكول **(إذ هو موضع الخفاء)** لأنه مجتهد فيه، فإن عند الشافعي لا يحكم بالنكول بل بِرَدِّ اليمين كما ذكرنا، وكان مظنة الخفاء.

قوله: **(لما قدمنا)**(١) إشارة إلى **قوله**: **(أن النكول بذل أو إقرار)**(٢).

وقوله: **(وهو الصحيح)** احتراز عن قول بعض المشايخ، حيث قالوا: لو قضى بالنكول بعد العرض مرة لا ينفذ.

وفي الكافي: والتقدير بالثلث في عرض اليمين لازم في المروي عن أبي يوسف ومحمد، وبه قال أحمد والجمهور على أنه للاحتياط، وبه قال مالك والشافعي.

قوله: **(وحكمه)** أي: حكم السكوت **(حكم الأول)** وبه قالت الأئمة الثلاثة، والطَّرَشُ أهونُ من الصَّمَم.

---

(١) (٢) انظر المتن ص ٧٦٤.

....

وفي المجتبى: يشترط أن يكون القضاء على فور النكول عند البعض، وقال الخصاف: لا يشترط، حتى لو استمهله بعد العرض ثلثي يوم أو يومين أو ثلاثة فلا بأس به، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وفي الفصول: لو كان الاستحلاف عند غير القاضي كان المدعي على دعواه؛ لأن المعتبر يمين قاطعة للخصومة، ولو قال المدعي: إن حلف المدعى عليه فأنا بريء، أو قال: فدعواي باطلة - لا تبطل دعواه، حتى لو أقام بينة بعد يمين الخصم تُسمَع بينته.

وفي المبسوط[1]: بعض القضاة من السلف لا يسمع البينة بعد يمين الخصم، وكان يقول: كما يترجح جانب الصدق بالبينة في جانب المدعي، ويتعين ذلك، حتى لا يُنظَرُ إلى يمين المنكر، فكذا يتعين جانب الصدق في جانب المدعى عليه بحلفه، فلا يلتفت إلى بينة المدعي بعد ذلك، ولسنا نأخذ بذلك، وإنما أخذ فيه بقول عمر، فإنه جوز قبول بينة المدعي بعد حلف المدعى عليه.

ويقول شريح: اليمين الفاجرة أحق بالرد من البينة العادلة، وبه قالت الأئمة الثلاثة، ونحن لا نقول بيقين الصدق في جانبه بحلفه، بل نقول بقطع الخصومة بحلفه، وبعد ظهور البينة هل يظهر كذب المدعى عليه؟ عن محمد لا يظهر، وعند أبي يوسف يظهر، والفتوى في دعوى الدين إذا ادعاه من غير سبب فحلف، ثم أقام بينة - يظهر كذبه.

ولو ادعى الدين بسبب وحلف، ثم أقام المدعي بينة على السبب لا يظهر كذبه؛ لجواز أنه وجد القرض ثم وجد الإبراء أو الإيفاء. كذا في الفصول.

وفي النوازل: لو ادعى دعاوى متفرقة لا يحلفه القاضي على كل شيء يمكن جمعها في يمين واحدة.

وفي التتمة: لو ادعى دينًا في التركة، وقال: كل التركة في يد هذا يحلف وحده بالله: ما وصل إليه شيء من التركة، ولا يعلم أن له دينًا على أبيه.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١١٩).

قَالَ: (وَإِنْ كَانَتْ الدَّعْوَى نِكَاحًا لَمْ يُسْتَحْلَفْ الْمُنْكِرُ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ وَلَا يُسْتَحْلَفُ عِنْدَهُ فِي النِّكَاحِ وَالرَّجْعَةِ وَالفَيْءِ فِي الإِيلَاءِ وَالرِّقِّ وَالِاسْتِيلَادِ وَالنَّسَبِ وَالوَلَاءِ وَالحُدُودِ وَاللِّعَانِ. وَقَالَا: يُسْتَحْلَفُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ(*)، إِلَّا فِي الحُدُودِ وَاللِّعَانِ.

وقيل: يحلف يمينين: على الوصول على البتات، وعلى الدَّيْن على العلم، وبه قال عامة المشايخ، وأجمعوا أن المدعي بعد إقامة البينة يحلف أنه ما استوفاه ولا أبرأه وإن لم يَدَّعِ الخصم، ولا يعلم فيه خلاف.

قوله: (واللعان) يعني إذا ادعت المرأة على زوجها القذف بالزنا، وأنكر الزوج، وأرادت الاستحلاف.

قوله: (يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان) وبه قال الشافعي، لكن عنده يجري في حد القذف والقصاص، ولا يجري في الحدود الخالصة، وقال [٢/ ٢٤٥/ب] مالك وأحمد: لا يجري التحالف فيما لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين؛ إلحاقًا له بالحدود، وعن أحمد في رواية: يجري في القصاص وحد القذف والطلاق والعتاق.

هذا كله إذا لم يكن المقصود مالًا، فإن كان المقصود دعوى مال بأن ادعت أنه تزوجها وطلقها قبل الدخول بها، ولها عليه نصف المهر، وأنكر الزوج - يستحلف بالإجماع.

وفي جامع قاضي خان والواقعات والفصول: الفتوى على قولهما.

وقيل: ينبغي للقاضي أن ينظر في حال المدعي، فإن رآه متعنتًا يأخذ بقولهما ويحلفه، وإن كان مظلومًا لا يحلفه أخذًا بقوله، وعليه بعض المتأخرين من مشايخنا.

وكيفية الاستحلاف عندهما أن يحلف على الحاصل - إن كانت المرأة هي المدعية - بالله: ما هذه المرأة امرأتك بهذا النكاح الذي ادعته، ولو كان الزوج هو المدعي بالله: ما هذا زوجك على ما ادعى.

(*) الراجح: قول الصاحبين.

وَصُورَةُ الِاسْتِيلَادِ: أَنْ تَقُولَ الجَارِيَةُ أَنَا أُمُّ وَلَدٍ لِمَوْلَايَ، وَهَذَا ابْنِي مِنهُ، وَأَنْكَرَ المَوْلَى، لِأَنَّهُ لَوْ ادَّعَى المَوْلَى ثَبَتَ الِاسْتِيلَادُ بِإِقْرَارِهِ وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى إِنْكَارِهَا. لَهُمَا: أَنَّ النُّكُولَ إِقْرَارٌ، لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى كَوْنِهِ كَاذِبًا فِي الإِنْكَارِ عَلَى مَا قَدَّمْنَاهُ، إِذْ لَوْلَا ذَلِكَ لَأَقْدَمَ عَلَى اليَمِينِ الصَّادِقَةِ إِقَامَةً لِلْوَاجِبِ، فَكَانَ إِقْرَارًا أَوْ بَدَلًا عَنْهُ،

وفي أدب القاضي للصدر الشهيد: ولا يستحلف في الحدود بالإجماع إلا إذا تضمن حقًّا، بأن علق عتق عبده بالزنا، بأن قال: إن زنيت فأنت حر، فادعى العبد أنه قد زنا، ولا بينة له ـ يستحلف المولى على العلم، حتى إذا نكل يثبت العتق دون الزنا.

وقوله: (**على ما قدمناه**) إشارة إلى قوله: (**إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب**) ودفعًا للضرر عن نفسه وهو إيفاء الحق لنفسه، ونفي تُهَمَة الكذب.

قوله: (**أو بَدَلًا**) بفتح الدال المهملة، أي: خَلَفًا عن الإقرار.

وهذا في الحقيقة جواب عن شُبَهٍ ترد على كون النكول إقرارًا عندهما:

إحداها: ما لو اشترى نصف عبد، ثم اشترى النصف الثاني، ثم وجد به عيبًا، فخاصمه في النصف الأول فنكل، فلو كان النكول إقرارًا للزمه النصف بنكوله في المرة الأولى، كما لو أقر في تلك المرة.

قلنا: إن النكول ليس بإقرار في نفسه، ولكن يجعل مقام الإقرار خَلَفًا عنه؛ لقطع الخصومة، فيقوم النكول مقام الإقرار بقدر الحاجة إلى دفع الخصومة، فكان كالإقرار في المرة الأولى لا في الثانية.

وثانيها: الوكيل بالبيع إذا ادعى عليه عيب في المبيع فنكل، فإنه يلزم الموكل، ولو جعل إقرارًا للزم الوكيل، كما في الإقرار به.

قلنا: وإن كان كالإقرار فهو أمر لزمه بسبب البيع بحيث لا اختيار له، والموكل أدخله، فعليه خلاصه، أما إذا أقر فهو شيء لزمه باختياره الإقرار، فإنه كان ينقضي عن عهدة الدعوى بالسكوت أو النكول، فيلزمه الضمان، ولا يرجع به على الموكل.

وَالإِقْرَارُ يَجْرِي فِي هَذِهِ الأَشْيَاءِ، لَكِنَّهُ إِقْرَارٌ فِيهِ شُبْهَةٌ، وَالحُدُودُ تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ، وَاللِّعَانُ فِي مَعْنَى الحَدِّ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ أَنَّهُ بَذْلٌ، لِأَنَّ مَعَهُ لَا تَبْقَى اليَمِينُ وَاجِبَةً

وثالثها: ما لو كفل بما وهب على فلان، فادعى المكفول له مالًا على فلان، فنكل فلان ـ لا يقضى بالمال على الكفيل، ولو كان النكول إقرارًا لقضى به على الكفيل كما لو أقر.

قلنا: إنهما يقولان: النكول بدل عن الإقرار في قطع الخصومة لا أن يكون إقرارًا حقيقةً، ولهذا لا يثبت المدعى بنفس النكول حيث يثبت المدعى بنفس الإقرار. كذا في الجامع والمبسوط والأسرار.

وفي الفوائد الظهيرية: ولأبي حنيفة أنه، أي: النكول بذل وإباحة، وهذه الحقوق لا يجري فيها البذل والإباحة، فلا يقضى فيها بالنكول، كالقصاص في النفس، وعكسها الأموال.

وفي الفوائد الظهيرية: تفسير البذل عنده: ترك المنازعة والإعراض عنها، وغير مقر بالهبة والتمليك، ولهذا لو ادعى نصف دار فأنكر المدعى عليه، فحلف، فنكل يقضي بالنكول، وهبة نصف الدار شائعا لا تصح؛ لأن هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تصح.

قوله: (**لأن معه**) أي: مع البدل (**لا تبقى اليمين**).

فإن قيل: هذا المعنى مشترك، فاليمين لا يبقى مع الإقرار أيضًا، فما وجه ترجيح كونه بدلًا؟

قلنا: لو جعلنا إقرارًا كان فيه تناقض؛ لأنه أنكر أول مرة، فلا يظن بالمسلم الكذب، فيجعل بدلًا.

فإن قيل: وجوب الحكم على القاضي بالنكول دليل على أنه إقرار لا بذل؛ لأن البذل ينتج الأخذ للمدعي، ولا يلزم القاضي أن يقضي به، كالصلح على الإنكار.

قلنا: إذا كان بذلًا من العبد صريحًا لا يلزم القاضي، أما النكول بذل

لِحُصُولِ المَقْصُودِ، وَإِنْزَالُهُ بَاذِلًا أَوْلَى كَيْ لَا يَصِيرَ كَاذِبًا فِي الإِنْكَارِ، وَالبَذْلُ لَا يَجْرِي فِي هَذِهِ الأَشْيَاءِ. وَفَائِدَةُ الِاسْتِحْلَافِ: القَضَاءُ بِالنُّكُولِ فَلَا يُسْتَحْلَفُ، إِلَّا أَنَّ هَذَا بَذْلٌ لِدَفْعِ الخُصُومَةِ فَيَمْلِكُهُ المُكَاتَبُ وَالعَبْدُ المَأْذُونُ بِمَنْزِلَةِ الضِّيَافَةِ اليَسِيرَةِ، وَصِحَّتُهُ فِي الدَّيْنِ بِنَاءً عَلَى زَعْمِ المُدَّعِي وَهُوَ مَا يَقْبِضُهُ حَقًّا لِنَفْسِهِ، وَالبَذْلُ مَعْنَاهُ

بحكم الشرع؛ لما أن المدعي يستحق ما ادعاه بنفس الدعوى لولا منازعة المنكر بيده أو بذمته، والشرع أبطله إلى اليمين، فلما منع المنكر اليمين عاد الأمر الأصلي بحكم الشرع، فيلزم القاضي قطع منازعته.

فإن قيل: [٢/٢٤٦/أ] يقضى بالقصاص في الأطراف بالنكول ولا يعمل فيها البذل، حتى لو قال: اقطع يدي لا يحل قطعه.

قلنا: البذل عامل إذا كان مفيدًا، كما لو قال لآخر: اقطع يدي وبها أكلة حل القطع ولم يأثم، وبغير إذنه يأثم، وفيما نحن فيه النكول مفيد؛ لأنه يحترز به عن اليمين الكاذبة، وله ولاية الاحتراز عن اليمين، بخلاف ما لو قال جزافًا: اقطع يدي فلا يحل؛ لأنه لا فائدة فيه؛ بل فيه ضرر محض. إليه أشار في الأسرار.

فإن قيل: هذا التعليل مخالف للحديث المشهور، وهو قوله ﷺ: «**اليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**».

قلنا: خص منه الحدود بالإجماع، فجاز تخصيص هذه الصور بالقياس.

وقوله: (**إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة**) جواب سؤال مقدر، وهو ما ذكره في الأسرار أن النكول لو كان بذلًا ينبغي ألا يملكه المكاتب والمأذون؛ لما أن في البذل معنى التبرع، وهما لا يملكان التبرع، فقال في جوابه: إنهما يملكان لما لا بدل له من التجارة، كما في الضيافة اليسيرة، وبذلهما بالنكول من جملة ذلك.

قوله: (**وصحته في الدين**) أي: صحة القضاء بالنكول، وهذا جواب سؤال، وهو أن يقال: لو كان بذلًا لما جرى في الدين؛ لأن محله الأعيان لا الديون؛ إذ الديون أوصاف، والبذل والأعطاء لا تجري في الأوصاف، فقال في جوابه: (**وصحته في الدين بناء على زعم المدعي**) إلى آخره، يعني معنى البذل هنا ترك المنع، فكان المدعي يأخذ منه بناء على زعمه أنه يأخذ حق نفسه ولا

هَاهُنَا. تَرْكُ المَنْعِ وَأَمْرُ المَالِ هَيِّنٌ. قَالَ: (وَيُسْتَحْلَفُ السَّارِقُ، فَإِنْ نَكَلَ ضَمِنَ وَلَمْ يُقْطَعْ) لِأَنَّ المَنُوطَ بِفِعْلِهِ شَيْئَانِ: الضَّمَانُ وَيَعْمَلُ فِيهِ النُّكُولُ. وَالقَطْعُ وَلَا يَثْبُتُ بِهِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا شَهِدَ عَلَيْهَا رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ. قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَتِ المَرْأَةُ طَلَاقًا قَبْلَ الدُّخُولِ اسْتُحْلِفَ الزَّوْجُ، فَإِنْ نَكَلَ ضَمِنَ نِصْفَ المَهْرِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) لِأَنَّ الِاسْتِحْلَافَ يَجْرِي فِي الطَّلَاقِ عِنْدَهُمْ، لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَ المَقْصُودُ هُوَ المَالُ، وَكَذَا فِي النِّكَاحِ إِذَا ادَّعَتْ هِيَ الصَّدَاقَ، لِأَنَّ ذَلِكَ دَعْوَى المَالِ، ثُمَّ يَثْبُتُ المَالُ بِنُكُولِهِ وَلَا يَثْبُتُ النِّكَاحُ، وَكَذَا فِي النَّسَبِ إِذَا ادَّعَى حَقًّا كَالإِرْثِ ....

مانع له، وترك المنع جائز في الأموال؛ لأن أمر المال هين، وأما أمر هذه الأشياء فليس بهين، فلا يجوز ترك المنع فيها.

قوله: (**فإن نكل**) أي: السارق (**ضمن ولم يقطع**) ولا خلاف فيه، أما عند الشافعي يرد اليمين على المالك؛ لما أن مذهبه أن بمجرد النكول لا يحكم.

قال المرغيناني والمحبوبي: إنما يستحلف السارق إذا أراد المالك أخذ المال دون القطع؛ لأن المال يثبت مع الشبهات، فيثبت بالنكول، أما الحد لا يثبت بالشبهات، فلا يثبت بالنكول بالإجماع، وعن محمد: ينبغي للقاضي أن يقول للمدعي: ماذا تريد؟ فإن قال: أريد القطع لا يستحلف، وإن قال: أريد المال فالقاضي يقول له: دع دعوى السرقة، وانبعث على دعوى المال.

[**قوله**: (**فصار كما لو شهد عليها رجل وامرأتان**) حيث لا يقطع ويقضى بالمال، وكما إذا أقر بالسرقة ثم رجع يسقط الحد، ويجب المال][١].

قوله: (**ادعت طلاقًا قبل الدخول**) وفائدة تعيين صورة المسألة في الطلاق قبل الدخول؛ هي تعليم أن دعوى المهر لا تتفاوت بين أن تكون الدعوى في كل المهر أو نصفه، وسواء كان دعوى المهر في ضمن الطلاق أو بدونه؛ لأنه ذكر بعد هذا صورة دعوى جميع المهر مع بقاء النكاح **بقوله**: (**وكذا في النكاح إذا ادعت هي الطلاق**)[٢].

قوله: (**كالإرث**) صورته: ادعى رجل على رجل أن المدعي أخو المدعى

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) كذا بالأصول الخطية، وتقدم في المتن: (الصداق).

وَالحِجْرِ فِي اللَّقِيطِ، وَالنَّفَقَةِ وَامْتِنَاعِ الرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ، لِأَنَّ المَقْصُودَ هَذِهِ الحُقُوقُ، وَإِنَّمَا يُسْتَحْلَفُ فِي النَّسَبِ المُجَرَّدِ عِنْدَهُمَا إِذَا كَانَ يَثْبُتُ بِإِقْرَارِهِ ....

عليه، مات أبوهما وترك مالًا في يد المدعى عليه، أو طلب فرض النفقة على المدعى عليه بسبب الأخوة، فإنه يستحلف على النسب بالإجماع، فإن نكل يقضى بالمال لا بالنسب.

(والحِجْر في اللقيط) صورته: أن اللقيط صبي لا يعبر عن نفسه، فادعت امرأة أنه أخوها، ولها الحضانة، وتريد قصر يد الملتقط، فأنكر اللقيط الأخوة ـ يستحلف، فلو نكل يثبت لها حق نقل الصبي إلى حِجْرها، ولا يثبت النسب.

وكذا لو ادعى النفقة بسبب الأخوة، وهو زَمِن، فأنكر المدعى عليه الأخوة ـ يستحلف بالإجماع، فإن حلف برئ، وإن نكل يقضى بالنفقة ولا يقضى بالنسب.

وصورة امتناع الرجوع في الهبة أن الواهب أراد الرجوع، فقال الموهوب له: أنا أخوك فلا رجوع لك، فالواهب يستحلف، فإن نكل يثبت الامتناع من الرجوع ولا يثبت النسب. ذكره هذه الجملة في أدب القاضي للصدر الشهيد وغيره.

قوله: (وإنما يستحلف في النسب المجرد) قيد به احترازًا عما هو مقرون بدعوى المال كما ذكرنا **(إذا كان يثبت)** النسب **(بإقراره)** أي: بمجرد إقرار المدعى عليه، فإن النكول عندهما إقرار، فكل نسب لو أقر به المدعى عليه يثبت بالنكول أيضًا.

بيانه: أن إقرار الرجل يصح بالأب والابن والزوجة والمولى، وإقرار المرأة يصح بالأب والزوج والمولى، ولا يصح في حق الابن؛ لأن فيه تحميل النسب على الغير، فكان إقرارًا على الغير، فلا يصح، فلو ادعى أنه أبوه أو ابنه ولم يدعِ مالًا بسببه يستحلف عندهما؛ لأنه لو أقر [٢/٢٤٦/ب] به يثبت، فيستحلف؛ لرجاء النكول الذي هو إقرار، ولو ادعى أنه أخوه أو عمه أو ما أشبه ذلك لا يستحلف؛ لأنه لو أقر به لا يثبت؛ لأن فيه تحميل النسب على الغير.

كَالأَبِ وَالِابْنِ فِي حَقِّ الرَّجُلِ، وَالأَبِ فِي حَقِّ المَرْأَةِ، لِأَنَّ فِي دَعْوَاهَا الِابْنَ تَحْمِيلَ النَّسَبِ عَلَى الغَيْرِ وَالمَوْلَى وَالزَّوْجِ فِي حَقِّهِمَا.

قَالَ: (وَمَنْ ادَّعَى قِصَاصًا عَلَى غَيْرِهِ فَجَحَدَهُ اسْتُحْلِفَ) بِالإِجْمَاعِ (ثُمَّ إِنْ نَكَلَ عَنْ اليَمِينِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ يَلْزَمُهُ القِصَاصُ، وَإِنْ نَكَلَ فِي النَّفْسِ حُبِسَ حَتَّى يَحْلِفَ أَوْ يُقِرَّ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وَقَالَا: لَزِمَهُ الأَرْشُ فِيهِمَا(*)، لِأَنَّ النُّكُولَ إِقْرَارٌ فِيهِ شُبْهَةٌ عِنْدَهُمَا فَلَا يَثْبُتُ بِهِ القِصَاصُ وَيَجِبُ بِهِ المَالُ، خُصُوصًا إِذَا كَانَ امْتِنَاعُ القِصَاصِ لِمَعْنًى مِن جِهَةِ مَنْ عَلَيْهِ، كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِالخَطَإِ وَالوَلِيُّ يَدَّعِي العَمْدَ.

قوله: (والمولى والزوج في حقهما) أي: في حق الرجل والمرأة، فإن الإقرار بالولاء والزوجية يصح من الرجل والمرأة، فيستحلف؛ لرجاء النكول فيهما، عندهما.

قوله: (استحلف بالإجماع) ولا خلاف، فإن نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص عند أبي حنيفة، وبه قال الشافعي ومالك بعد حلف المدعي، وأحمد في رواية، ولو نكل في النفس لا يقتص منه عند أبي حنيفة، وبه قال أحمد، بل يحبس حتى يحلف أو يقر، وعند الشافعي ومالك وأحمد في رواية: يقتص أيضًا بعد حلف المدعي.

قوله: (لمعنًى مِنْ جهة مَنْ عليه) وقيد امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه؛ لأنه لو كان امتناعه مِن جهة مَن له القصاص ـ لا يجب القصاص ولا المال أيضًا، كما إذا أقام مدعي القصاص رجلًا وامرأتين والشهادة على الشهادة، حيث لا يقضى بشيء، فامتنع القصاص من جهة من له، فلا يجب المال؛ لأن الأصل أن المال مشروع فيه إذا أضيف العذر إلى من عليه اعتبارًا بالخطأ، أما إذا أضيف العذر إلى من له القصاص لا يجب المال؛ لأن الطالب يدعي القصاص، ويتبرأ من المال، فكيف يقضى بالمال؟ وفيما نحن فيه أضيف العذر إلى من عليه، حيث لم يصرح بالإقرار، فأشبه الخطأ.

وثم أضيف إلى الولي الذي أقام تلك البينة فلم يجب المال، ونظيره إذا أقر بالخطأ والولي يدعي العمد ـ يجب المال، وبعكسه لا يجب المال.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ﵀: أَنَّ الْأَطْرَافَ يُسْلَكُ بِهَا مَسْلَكَ الْأَمْوَالِ فَيَجْرِي فِيهَا الْبَذْلُ، بِخِلَافِ الْأَنْفُسِ، فَإِنَّهُ لَوْ قَالَ: اقْطَعْ يَدِي فَقَطَعَهَا لَا يَجِبُ الضَّمَانُ، وَهَذَا إِعْمَالٌ لِلْبَذْلِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يُبَاحُ لِعَدَمِ الْفَائِدَةِ، وَهَذَا الْبَذْلُ مُفِيدٌ لِانْدِفَاعِ الْخُصُومَةِ بِهِ فَصَارَ

ولأبي حنيفة: أنما يستحلف في النفس وإن كان لا يقضى بالنكول؛ لأن اليمين حق مقصود لتعظيم أمر الدم، واليمين مهلكة معنًى، صالحة للتعظيم، ولهذا شرعت مكررة في القسامة، فإذا نكل فقد امتنع من إيفاء حق مقصود، فيحبس إلى أن يحلف أو يقر، كما إذا التعن الزوج ونكلت المرأة عن اللعان.

وفي سائر ما تقدم اليمين ليس بحق مقصود، وإنما المطلوب منه القضاء بالنكول، فما لا يجوز القضاء فيه بالنكول لا يشتغل بالاستحلاف فيه. كذا في جامعي شمس الأئمة وفخر الإسلام.

(أما الأطراف يسلك بها مسلك الأموال) من حيث إن الأطراف خلقت وقاية للأنفس كالأموال، فلما كان كذلك جرى البدل في الأطراف كما في الأموال، ولهذا لو قال: اقطع يدي فقطعه لا يضمن شيئًا، وهذا إعمال للبذل، بخلاف الأنفس حيث لا يجري البذل فيها، ولهذا لو قال لآخر: اقتلني فقتله يؤخذ بالقصاص في رواية.

وفي التتمة: تجب الدية في قول علمائنا الثلاثة. ذكره التمرتاشي.

وقوله: (هذا إعمال للبذل) إشارة إلى عدم الضمان.

وقوله: (إلا أنه لا يباح القطع)، جواب إشكال، وهو أن يقال: لو كان الأطراف كالأموال ينبغي أن يباح القطع بالبذل كما يباح المال بالبذل، فقال في جوابه: **(إنما لا يباح القطع لعدم الفائدة)** كما هو في المال كذلك بأن قال: ألقِ مالي في البحر، أو أحرقه، حيث لا يباح. إليه أشار فخر الإسلام.

ولهذا لو كان القطع مفيدًا بأن وقع في يده أكلة، فقال لآخر: اقطع يدي حل له قطعه، ولو قطعه لا يجب عليه شيء، والبذل هاهنا مفيد؛ لأنه يصير متورعًا عن اليمين الصادقة، وتندفع خصومته عنه، فصار كقطع السن للوجع، وبخلاف القطع في السرقة، فإن القطع فيها خالص حق الله تعالى فلا يثبت مع

كَقَطْعِ الْيَدِ لِلْآكِلَةِ وَقَلْعِ السِّنِّ لِلْوَجَعِ، وَإِذَا امْتَنَعَ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ، وَالْيَمِينُ حَقٌّ مُسْتَحَقٌّ، يُحْبَسُ بِهِ كَمَا فِي الْقَسَامَةِ. قَالَ: (وَإِذَا قَالَ الْمُدَّعِي: لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ، قِيلَ لِخَصْمِهِ: أَعْطِهِ كَفِيلًا بِنَفْسِك ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ) كَيْ لَا يَغِيبَ نَفْسُهُ فَيَضِيعَ حَقُّهُ، وَالْكَفَالَةُ بِالنَّفْسِ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا وَقَدْ مَرَّ مِن قَبْلُ، وَأَخْذُ الْكَفِيلِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى اسْتِحْسَانٌ عِنْدَنَا، لِأَنَّ فِيهِ نَظَرًا لِلْمُدَّعِي وَلَيْسَ فِيهِ كَثِيرُ ضَرَرٍ بِالْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْحُضُورَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى حَتَّى يُعَدَّى عَلَيْهِ، وَيُحَالُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَشْغَالِهِ، فَصَحَّ التَّكْفِيلُ بِإِحْضَارِهِ، وَالتَّقْدِيرُ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ

الشبهة، أما القصاص فحق العبد الذي سلك مسلك الأموال، فيثبت مع الشبهة كالأموال.

قوله: **(يحبس به)** أي: بحق اليمين **(كما في القسامة)** فإنهم إذا نكلوا عن اليمين يحبسون حتى يقروا أو يحلفوا.

قوله: **(استحسان عندنا)** قيد به؛ لأن في القياس ألا يؤخذ كفيلًا قبل إقامة البينة؛ لعدم تعلق حقه بمجرد الدعوى، وهو مذهب الشافعي.

وفي شرح الوجيز: والقضاة اعتادوا خلاف هذا، وعن بعض المتأخرين من أصحابه أن الأمر فيه إلى رأي الحاكم.

أما بعد إقامة البينة قبل التعديل طولب بالتكفيل[1] إلى أن يُعَدَّلا، وأخذ الكفيل بعد إقامة البينة قياس واستحسان عندنا.

[٢/ ٢٤٧/أ] قوله: **(حتى يُعدَّى عليه)** من الإعداء، على لفظ المجهول، يقال: اسْتَعْدَى فلانٌ الأميرَ على من ظلمه، أي: استعان به، فأَعْداهُ الأميرُ، أي: أعانه عليه ونصره.

وفي المبسوط[2]: الإشخاص إلى بابه يثبت بمجرد الدعوى؛ لما فيه من النظر للمدعي، فكذا إذا أخذ الكفيل؛ لما فيه من النظر له.

(وليس فيه كثير كبير ضرر[3] بالمدعى عليه) لأنه إن لم يكن من قصده الاختفاء لا يتضرر به، وإن كان قصده الاختفاء يكون ظالمًا، فلا ينظر له.

---

(١) في الأصل: (بالكفيل)، والمثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسرخسي (٢٠/ ٧٥).
(٣) في الأصل: (نظر)، والمثبت من النسخة الثانية.

وَهُوَ الصَّحِيحُ، وَلَا فَرْقَ فِي الظَّاهِرِ بَيْنَ الخَامِلِ وَالوَجِيهِ وَالحَقِيرِ مِن المَالِ وَالخَطِيرِ، ثُمَّ لَا بُدَّ مِن قَوْلِهِ: لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ لِلتَّكْفِيلِ وَمَعْنَاهُ فِي المِصْرِ، حَتَّى لَوْ قَالَ المُدَّعِي: لَا بَيِّنَةَ لِي، أَوْ شُهُودِي غُيَّبٌ، لَا يُكْفَلُ لِعَدَمِ الفَائِدَةِ. قَالَ: (فَإِنْ فَعَلَ وَإِلَّا أُمِرَ بِمُلَازَمَتِهِ) كَيْ لَا يَذْهَبَ حَقُّهُ (إِلَّا أَنْ يَكُونَ غَرِيبًا فَيُلَازِمَ مِقْدَارَ مَجْلِسِ القَاضِي) وَكَذَا لَا يُكْفَلُ إِلَّا إِلَى آخِرِ المَجْلِسِ، فَالِاسْتِثْنَاءُ مُنْصَرِفٌ إِلَيْهِمَا، لِأَنَّ فِي أَخْذِ الكَفِيلِ وَالمُلَازَمَةِ زِيَادَةً عَلَى ذَلِكَ إِضْرَارًا بِهِ بِمَنْعِهِ عَنْ السَّفَرِ، وَلَا ضَرَرَ فِي هَذَا المِقْدَارِ ظَاهِرًا، وَكَيْفِيَّةُ المُلَازَمَةِ نَذْكُرُهَا فِي كِتَابِ الحَجْرِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وقوله: (**هو الصحيح**) احتراز عما روي عن أبي يوسف أنه يقدر بما بين مجلس القاضي.

قوله: (**ولا فرق في الظاهر**) أي: في ظاهر الرواية، وعن محمد: أنه إن كان معروفًا، والظاهر من حاله أنه لا يخفي نفسه بذلك القدر لا يجبر على إعطاء الكفيل، أما لو أعطى يؤخذ، وكذا إذا كان المُدَّعَى حقيرًا، والظاهر أن المرء لا يخفي نفسه بذلك [القدر][1] لا يجبر على إعطاء الكفيل.

قوله: (**شهودي غَيَب**) بفتحتين على التخفيف، أو بضم الغين على التثقيل، وغَيَب: مثلُ خادم وخَدَم، وأما غُيَّب فقياس. كذا في المغرب[2].

قوله: (**فإن فعل**) أي: أعطى الكفيل (**وإلا أُمِر**) أي: إن أبى ولم يُعْطِ أُمِر (**بملازمته**) أي: دار معه حيث سار حتى لا يغيب.

قوله: (**والاستثناء**) أي: استثناء المذكور بقوله: (**إلا أن يكون غريبًا**) (**منصرف إليهما**) أي: إلى الملازمة والتكفيل، وهذا التفسير إنما يحتاج إليه على رواية القدوري؛ لأنه لم يذكر هناك مقدار مجلس القاضي في تقدير الملازمة، ولا التكفيل ومدته، وإنما قال: فإن فعل وإلا أمر بملازمته إلا أن يكون غريبًا على الطريق، وأما هاهنا فقد ذكر الملازمة ومدتها ومدة التكفيل فلا يحتاج إلى قوله: والاستثناء منصرف؛ لأنه ذكر مدة كل واحد باستثناء واحد.

قوله: (**زيادة على ذلك**) أي: على مقدار مجلس القاضي.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٣٤٩).

فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ اليَمِينِ وَالِاسْتِحْلَافِ

قَالَ: (وَاليَمِينُ بِاَللَّهِ دُونَ غَيْرِهِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ كَانَ مِنكُمْ

وذكر الصدر الشهيد في أدب القاضي: هذا إذا علم أنه مسافر، أما إذا أشكل على الحاكم أمره، فإنه يسأل عنه أهل محلته أو أصحابه أو يحلفه عليه أو ينظر في زيه، وله أن يطالبه بالوكيل بخصومته، حتى لو غاب الأصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضى عليه، وإن أعطاه وكيلًا له أن يطالبه بالكفيل بنفس الوكيل، وإذا أعطاه كفيلاً بنفس الوكيل له أن يطالبه كفيلاً بنفس الأصيل لو كان المُدَّعَى دينًا؛ لأن الدين يُستوفَى من ذمة الأصيل دون الوكيل، فلو أخذ كفيلًا بالمال له أن يطلب كفيلًا بنفس الأصيل؛ لأن الاستيفاء من الأصيل قد يكون أيسر، ولو كان المُدَّعَى منقولًا له أن يطالبه مع ذلك كفيلًا بالعين ليحضرها بغيبة المدعى عليه.

ولو كان المُدَّعَى عقارًا لا يحتاج إلى ذلك؛ لأنه لا يقبل التغييب، وصح أن يكون الواحد كفيلًا بالنفس ووكيلًا بالخصومة؛ لأن الواحد يقوم بهما، ولو أقر وغاب قضى؛ لأن ذلك قضى إعانة، ولو أقيمت البينة فلم تزل، فغاب المشهود عليه، فزكيت لا يقضى عليه حال غيبته في ظاهر الرواية؛ لأن له حق الجرح في الشهود، وعن أبي يوسف أنه يقضى به، وبه أخذ الخصاف والأئمة الثلاثة، والله أعلم.

فَصْلٌ فِي كَيْفِيَّةِ الْيَمِينِ وَالِاسْتِحْلَافِ

لما ذكر نفس اليمين، أيْ: في أيِّ موضع يحلف؟ ذكر في هذا الفصل صفتها؛ لما أن الصفة تقتضي سبق الموصوف، وكيفية الشيء صفته.

قوله: (**لقوله** ﷺ) أول الحديث: «**لا تَحْلِفُوا بآبائكُمْ ولا بالطّواغيتِ، مَنْ كَانَ مِنكُمْ حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَذَرْ**»[(١)].

وفي المبسوط[(٢)]: الحر والمملوك، والرجل والمرأة، والفاسق والصالح،

---

(١) أخرجه البخاري (٩/ ١٢٠ رقم ٧٤٠١) ومسلم (٣/ ١٢٦٧ رقم ١٦٤٦) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

(٢) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٢٠).

حَالِفًا فَلْيَحْلِفْ بِاَللَّهِ أَوْ لِيَذَرْ» وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «مَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللَّهِ فَقَدْ أَشْرَكَ» (وَقَدْ تُؤَكَّدُ بِذِكْرِ أَوْصَافِهِ) وَهُوَ التَّغْلِيظُ، وَذَلِكَ مِثْلُ قَوْلِهِ: قُلْ: وَاَللَّهِ الَّذِي لَا إلَهَ إلَّا هُوَ عَالَم الغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ الرَّحْمَنُ الرَّحِيمُ، الَّذِي يَعْلَمُ مِن السِّرِّ مَا يَعْلَمُ مِن العَلَانِيَةِ، مَا لِفُلَانٍ هَذَا عَلَيْك وَلَا قِبَلَك هَذَا المَالُ الَّذِي ادَّعَاهُ وَهُوَ كَذَا وَكَذَا وَلَا شَيْءَ مِنهُ. وَلَهُ أَنْ يَزِيدَ فِي التَّغْلِيظِ عَلَى هَذَا وَلَهُ أَنْ يَنْقُصَ مِنهُ، إلَّا أَنَّهُ يَحْتَاطُ

والكافر والمسلم في اليمين سواء؛ لأن المقصود هو القضاء بالنكول، وهؤلاء في اعتقاد الحرمة في اليمين الكاذبة سواء.

قوله: (وتؤكد بذكر أوصافه) أي: أوصاف الله تعالى **(وهو التغليظ)** بأن يقول: والله الذي لا إله إلا هو إلى آخره، وله أن يزيد على هذا بأن يقول: الطالب الغالب، المدرك المهلك، الذي يعلم السر وأخفى، إلى غير ذلك من أسمائه وصفاته، ويذكر صفاته بدون حرف العطف، حتى لو قال: والله والرحمن والرحيم صارت أيمانًا.

وإنما جاز ذلك؛ لأن المقصود من الاستحلافِ النكولُ، [٢/٢٤٧/ب] وأحوال الناس فيه مختلفة، فمنهم من يمتنع إذا غُلِّظَ عليه اليمينُ، ويتجاسر إذا حلف بالله.

والأصل فيه حديث أبي هريرة في الذي حلفه بين يدي رسول الله ﷺ فقال: «والله الذي لا إله إلا هو الرحمن الرحيم الذي أنزل عليك الكتاب»، ولم ينكر عليه رسول الله ﷺ، فالرأي في ذلك إلى القاضي.

وفي شرح الوجيز: واستحب الشافعي أن يقرأ على الحالف قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشۡتَرُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ وَأَيۡمَٰنِهِمۡ ثَمَنٗا قَلِيلًا﴾ [آل عمران:٧٧]، وأن يحضر المصحف ويوضع في حجر الحالف، وذكر بعض أصحابه: يحلف قائمًا زيادةً في باب التغليظ[١].

(إلا أنه يحتاط) والمراد من الاحتياط ما ذكرنا أنه يذكر الأسماء

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (١٣/ ١٩٠).

فِيهِ كَيْ لَا يَتَكَرَّرَ عَلَيْهِ اليَمِينُ، لِأَنَّ المُسْتَحَقَّ يَمِينٌ وَاحِدَةٌ، وَالقَاضِي بِالخِيَارِ إنْ شَاءَ غَلَّظَ وَإِنْ شَاءَ لَمْ يُغَلِّظْ، فَيَقُولُ: قُلْ بِاللَّهِ أَوْ وَاللَّهِ، وَقِيلَ: لَا يُغَلِّظُ عَلَى المَعْرُوفِ بِالصَّلَاحِ وَيُغَلِّظُ عَلَى غَيْرِهِ، وَقِيلَ: يُغَلِّظُ فِي الخَطِيرِ مِن المَالِ دُونَ الحَقِيرِ.

قَالَ: (وَلَا يُستَحْلَفُ بِالطَّلَاقِ وَلَا بِالعِتَاقِ) لِمَا رَوَيْنَا، وَقِيلَ: فِي زَمَانِنَا إذَا أَلَحَّ الخَصْمُ سَاغَ لِلْقَاضِي أَنْ يَحْلِفَ بِذَلِكَ لِقِلَّةِ المُبَالَاةِ بِاليَمِينِ بِاللَّهِ، وَكَثْرَةِ الِامْتِنَاعِ بِسَبَبِ الحَلِفِ بِالطَّلَاقِ.

والأوصاف بدون حرف العطف؛ لأنه إذا ذكر بالواو صارت أيمانًا **(والمستحق يمين واحدة)**.

قوله: (لما روينا)، وهو قوله ﷺ: «**مَنْ كَانَ مِنْكُمْ حالِفًا**» الحديث[1]، ولقوله ﷺ: «**مَلعُونٌ من حَلَفَ بالطّلاقِ وحَلَفَ بِهِ**»[2]. ذكره في المحيط.

قوله: (لقلة المبالاة باليمين بالله تعالى، وكثرة الامتناع عن الحلف بالطلاق).

وفي الذخيرة: التحليف بالطلاق والعتاق والأيمان المغلظة لم يُجَوِّزْه أكثر مشايخنا، وأجازه البعض، فيعني بأنه يجوز إن مَسَّت الضرورة، وإذا بالغ المستفتي في الفتوى يفتي بأن الرأي إلى القاضي.

وفي الفصول للأُسْتَرُوْشَنِيّ: ولو حَلَّف القاضي بالطلاق فنكل لا يقضي عليه بالنكول؛ لأنه نكل عما هو منهي شرعًا، وكذا لو حَلَّفَه به وحَلَف، ثم حَلَّفَه بالله: إنك حلفت صادقًا، فنكل عن هذا اليمين - لا يقضي عليه بالنكول؛ لأن حقه في اليمين مرة.

وفيه: لو أنكر الشاهد الشهادة لا يحلفه القاضي، ولو قال المنكر: الشاهد كاذب، وأراد تحليف المدعي ما يعلم أنه كاذب - لا يحلفه، ولو قال المنكر: هذا الشاهد أقر قبل هذه الشهادة أن المحدود ملكي، وأراد تحليف الشاهد أو المدعي - لا يحلف.

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١٨٠ رقم ٢٦٧٩)، ومسلم (٣/ ١٢٦٧ رقم ١٦٤٦) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.
(٢) ذكره ابن عبد الهادي في كتابه: رسالة لطيفة في أحاديث متفرقة ضعيفة (ص ٥٣).

قَالَ: (وَيُسْتَحْلَفُ الْيَهُودِيُّ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَاةَ عَلَى مُوسَى عليه السلام، وَالنَّصْرَانِيُّ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ الإِنْجِيلَ عَلَى عِيسَى عليه السلام) «لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لِابْنِ صُورِيَّا الأَعْوَرِ: «أَنْشُدُكَ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَاةَ عَلَى مُوسَى أَنَّ حُكْمَ الزِّنَا فِي كِتَابِكُمْ هَذَا»، وَلِأَنَّ الْيَهُودِيَّ يَعْتَقِدُ نُبُوَّةَ مُوسَى وَالنَّصْرَانِيَّ نُبُوَّةَ عِيسَى ـ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ ـ فَيُغَلَّظُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِذِكْرِ الْمُنَزَّلِ عَلَى نَبِيِّهِ (وَ) يَسْتَحْلِفُ (والمَجُوسِيُّ بِاللَّهِ الَّذِي خَلَقَ النَّارَ) وَهَكَذَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ رحمه الله فِي الأَصْلِ. يُرْوَى عَنْ

وفي المبسوط: أمرنا بإكرام الشهود[١]، وليس من الإكرام استحلافهم؛ لأن الاستحلاف ينبني على الخصومة، ولا خصم للشاهد.

وفي فتاوى قاضي خان: أراد المدعي تحليفه بالطلاق والعتاق، في ظاهر الرواية: لا يجيبه القاضي؛ لأن ذلك حرام شرعًا، وبعضهم جوزوا ذلك في زماننا، والصحيح في ظاهر الرواية[٢].

وفي الخلاصة: ولو حلف بالطلاق فنكل، وقضى عليه بالمال لا ينفذ قضاؤه.

قوله: (ابن صُورِيَّا) هو اسم اعجمي، بالقصر. ذكره في المغرب[٣].

والنَّشْد: التحليف، من حَدِّ (نَصَرَ).

وفي المغرب: نشد الضالة: طلبها، ومنه قولهم في الاستعطاف: نَشَدْتُكَ وناشَدْتُكَ اللهَ وبالله، أي: سألتك بالله، وطلبتُ إليك بِحَقِّهِ[٤].

قوله: **(وهكذا ذكر محمد في الأصل)**.

وفي المبسوط: وكأنه وقع عند محمد أن المجوس يعظمون النار تعظيم العبادة، فَلِمَقصودِ النكول قال: يذكر ذلك في اليمين[٥]، وبه قال الشافعي في وجه، وهو اختيار بعض مشايخنا، وقول أبي حنيفة وأبي يوسف والأئمة الثلاثة؛ لأن النار كسائر المخلوقات، فلما لم يستحلف المسلم بالله الذي خلق الشمس،

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٦/ ٨٧).
(٢) فتاوى قاضي خان (٢/ ٢٤٤).
(٣) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٢٧٤).
(٤) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٤٦٣).
(٥) المبسوط للسرخسي (١٦/ ١٢٠).

أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي النَّوَادِرِ: أَنَّهُ لَا يَسْتَحْلِفُ أَحَدًا إِلَّا بِاللَّهِ خَالِصًا. وَذَكَرَ الخَصَّافُ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ لَا يَسْتَحْلِفُ غَيْرَ اليَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ إِلَّا بِاللَّهِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ بَعْضِ مَشَايِخِنَا(*)، لِأَنَّ فِي ذِكْرِ النَّارِ مَعَ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى تَعْظِيمًا، وَمَا يَنْبَغِي أَنْ تُعَظَّمَ، بِخِلَافِ الكِتَابَيْنِ، لِأَنَّ كُتُبَ اللَّهِ مُعَظَّمَةٌ (والوثَنِيُّ لَا يَحْلِفُ إِلَّا بِاللَّهِ) لِأَنَّ الكَفَرَةَ بِأَسْرِهِمْ يَعْتَقِدُونَ باللَّهِ تَعَالَى، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَ السَّمَٰوَٰتِ وَالْأَرْضَ لَيَقُولُنَّ اللَّهُ﴾ [لقمان: ٢٥] قَالَ: (وَلَا يَحْلِفُونَ فِي بُيُوتِ عِبَادَتِهِمْ) لِأَنَّ القَاضِيَ لَا يَحْضُرُهَا، بَلْ هُوَ مَمْنُوعٌ عَنْ ذَلِكَ.

قَالَ: (وَلَا يَجِبُ تَغْلِيظُ اليَمِينِ عَلَى المُسْلِمِ بِزَمَانٍ وَلَا مَكَان) ....

فكذا لا يستحلف المجوسي بالله الذي خلق النار، وكذا سائر أهل الشرك لا يستحلفون بالله الذي خلق الصنم أو الوثن وإن كانوا يعتقدون تعظيم ذلك، والفرق لمحمد أنه جوز في المجوسي تغليظ اليمين ذكر النار، ولم يجوز في سائر المشركين أنا أمرنا بإهانة الصنم والوثن؛ لأنه اتخذ إلهًا، وما أمرنا بإهانة النار؛ لأنها لم يوجد إلهًا. كذا في الفوائد الشاهية.

قوله: (ولا يحلفون في بيوت عباداتهم) إلى آخره.

وعن أبي الخطاب الحنبلي: إن كان لهم مواضعُ يُعَظِّمونها، ويَتَوَقَّوْنَ أن يحلفوا فيها كاذبين ـ حُلِّفوا فيها، وبه قال مالك في رواية، وروى ابن القاسم أن الكتابي يُحَلَّف بالله، ولا يُزاد: الذي أنزل التوراة والإنجيل.

ولنا: ما روى أبو هريرة أنه عليه السلام قال ـ يعني لليهود ـ: «**وَنَشَدْتُكُمْ بالله الذِّي أَنْزَلَ التَّوْرَاةَ عَلَى موسَى: مَا تَجِدُونَ فِي التَّوْرَاةِ عَلَى مَنْ زَنَا**» رواه أبو داود(١).

قوله: (ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ومكان) وبه قال أحمد، وقال الشافعي في قول: يستحب التغليظ بمكان وزمان، وفي قول: يجب التغليظ بمكان وزمان، وبه قال مالك في دعوى دم ونكاح وطلاق ورجعة وإيلاء

(*) الراجح: قول محمد.

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٣١٢ رقم ٣٦٢٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
وأصله عند البخاري (٤/ ٢٠٦ رقم ٣٦٣٥) ومسلم (٣/ ١٣٢٦ رقم ١٦٩٩).

....

ولعان [٢/٢٤٨/أ] وعتق وحد ووكالة وولاء وجناية وكلِّ ما ليس بمال، ولأن القصد منه المال، حتى يجري في الولادة والرضاع وعيوب النساء، ومال كثير، وهو النصاب من الذهب عشرون مثقالًا، ومن الفضة مائتا درهم، وفيما دون ذلك لا يغلظ فيما تقطع فيه يد السارق، وهو ربع دينار.

وعن ابن جرير الطبري أنه قال: يغلظ في كل قليل وكثير. كذا في شرح الوجيز والحلية[١].

ويختص المكان؛ إن كان بمكة بين الركن والمقام، وإن كان بالمدينة فعند قبر النبي ﷺ، وفي بيت المقدس عند الصخرة، وفي سائر البلاد في الجوامع، وكذلك يشترط يوم الجمعة وبعد العصر، ومن به مرض أو زَمانَة لا يغلظ عليه بالمكان، وكذا على الحائض والمُخَدَّرَة [على وجه لا يجب عليها حضور مجلس القاضي، وتُحَلَّف الحائض والمخدرة][٢] على باب الجامع، كذا في كتبهم.

للشافعي: ما روي في بعض الآثار، وروي أن عبد الرحمن بن عوف رأى قومًا يحلفون بين المقام والبيت، فقال: أَعَلَى دم؟ قالوا: لا، قال: أَفَعَلَى عظيم من المال؟ قالوا: لا، قال: خشيت أن يتهاون الناس بهذا البيت، ويروى: أن يهاب الناسُ، يقال: يهاب بالشيء[٣]: إذا أَنِسْتَ حتى سقط هيبته.

ولنا: إطلاق قوله ﷺ: «**الْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**»[٤]، والتخصيص بالمكان والزمان زيادة عليه، فلا يجوز بخبر غريب.

---

(١) حلية العلماء لأبي بكر الشاشي (٨/ ٢٤٠).

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من النسخة الثانية.

(٣) كذا في الأول الخطية: (يهاب)، وفي المغرب في ترتيب المعرب (ص ٥٣): (بَهَأْتُ) بِالشَّيْءِ وَبَهِيتُ بِهِ أَيْ: آنَسْتُ بِهِ، (وَمِنْهُ) حَدِيثُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لَقَدْ خِفْتُ أَنْ يَبْهَأَ النَّاسُ بِهَذَا الْبَيْتِ، وَلَفْظُهُ فِي الْفَائِقِ: أَرَى النَّاسَ قَدْ بَهَئُوا بِهَذَا الْمَقَامِ يَعْنِي أَنِسُوا بِهِ حَتَّى قَلَّتْ هَيْبَتُهُ فِي صُدُورِهِمْ فَلَمْ يَهَابُوا الْحَلِفَ عَلَى الشَّيْءِ الْحَقِيرِ عِنْدَهُ.

(٤) أخرجه البيهقي (١٠/ ٤٢٧ رقم ٢١٢٠١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
وأصله في الصحيحين بلفظ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بِالْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»، أخرجه البخاري (٣/ ١٧٨ رقم ٢٦٦٨)، ومسلم (٣/ ١٣٣٦ رقم ١٧١١).

لِأَنَّ المَقْصُودَ تَعْظِيمُ المُقْسَمِ بِهِ وَهُوَ حَاصِلٌ بِدُونِ ذَلِكَ، وَفِي إِيجَابِ ذَلِكَ حَرَجٌ عَلَى القَاضِي حَيْثُ يُكَلَّفُ حُضُورَهَا وَهُوَ مَدْفُوعٌ.

قَالَ: (وَمَنْ ادَّعَى أَنَّهُ ابْتَاعَ مِن هَذَا عَبْدَهُ بِأَلْفٍ فَجَحَدَ، اسْتُحْلِفَ بِاَللَّهِ مَا بَيْنَكُمَا بَيْعٌ قَائِمٌ فِيهِ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ بِاَللَّهِ مَا بِعْتُ) لِأَنَّهُ قَدْ يُبَاعُ العَيْنُ، ثُمَّ يُقَالُ فِيهِ (وَيُسْتَحْلَفُ فِي الغَصْبِ بِاللَّهِ مَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْك رَدَّهُ، وَلَا يَحْلِفُ بِاللَّهِ مَا غَصَبْتُ) لِأَنَّهُ قَدْ يَغْصِبُ ثُمَّ يَفْسَخُ بِالهِبَةِ وَالبَيْعِ (وَفِي النِّكَاحِ: بِاَللَّهِ مَا بَيْنَكُمَا نِكَاحٌ قَائِمٌ فِي الحَالِ) لِأَنَّهُ قَدْ يَطْرَأُ عَلَيْهِ الخُلْعُ (وَفِي دَعْوَى الطَّلَاقِ بِاَللَّهِ: مَا هِيَ بَائِنٌ مِنك السَّاعَةَ بِمَا ذَكَرْت، وَلَا يُسْتَحْلَفُ: بِاَللَّهِ مَا طَلَّقَهَا) لِأَنَّ النِّكَاحَ قَدْ يُجَدَّدُ بَعْدَ الإِبَانَةِ فَيَحْلِفُ عَلَى الحَاصِلِ فِي هَذِهِ الوُجُوهِ، لِأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ عَلَى السَّبَبِ يَتَضَرَّرُ المُدَّعَى عَلَيْهِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. أَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله: يَحْلِفُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ عَلَى السَّبَبِ(*)، ....

(ولأن المقصود تعظيم المقسم به، وهو حاصل بدون ذلك) إلى آخره، ولأن اليمين سبب لقطع الخصومة، فلا تختص بمكان وزمان كالبينة، ولأن في التغليظ بالزمان تأخر حق المدعي. كذا في المبسوط، وشرح الأقطع.

قوله: (وفي النكاح ما بينكما نكاح قائم)، وهذا على قولهما؛ لما أن الاستحلاف في النكاح قولهما.

قوله: (يتضرر المدعى عليه)؛ لأنه لو حلف على نفي أصل السبب، كالبيع ونحوه، يكون كاذبًا، ولو لم يحلف يجب تسليم العبد العائد إلى ملكه بالإقالة؛ لأنه لو ادعى المعنى الطارئ لم يقبل قوله، وإذا حلف على الحاصل فقد وَفَّى المدعيَ والمدعى عليه حَقَّهما؛ لعلمنا أن مقصودَ المدعي من دعوى المبيع ونحوه ثبوتُ الحكم، ومتى أمكن إيقاع حقهما كان أولى من إيفاء حق أحدهما، وأبو يوسف يقول: اليمين حق المدعي، فوجب أن يكون مطابقًا لدعواه، والمُدَّعَى هو السبب.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

إِلَّا إِذَا عَرَضَ للمُدَّعى عَلَيْهِ بِمَا ذَكَرْنَا، فَحِينَئِذٍ يَحْلِفُ عَلَى الحَاصِلِ. وَقِيلَ: يَنْظُرُ إِلَى إِنْكَارِ المُدَّعَى عَلَيْهِ، إِنْ أَنْكَرَ السَّبَبَ يَحْلِفُ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَنْكَرَ الحُكْمَ يَحْلِفُ عَلَى الحَاصِلِ. فَالحَاصِلُ هُوَ الأَصْلُ عِنْدَهُمَا إِذَا كَانَ سَبَبًا يَرْتَفِعُ، إِلَّا إِذَا كَانَ فِيهِ تَرْكُ النَّظَرِ فِي جَانِبِ المُدَّعِي، فَحِينَئِذٍ يَحْلِفُ عَلَى السَّبَبِ، بِالإِجْمَاعِ، ....

قوله: (**إلا إذا عَرَّضَ**) وصفة التعريض أن يقول المدعى عليه إذا عَرَضَ القاضي اليمينَ عليه: بالله ما بعتُ أيها القاضي، إن الإنسان قد يبيع شيئًا ثم يُقابل[١] فيه (**فحينئذ يحلف على الحاصل**) وصار العدول عن اليمين على مقتضى الدعوى حقًّا للمنكر حين طالب به. كذا في شرح الأقطع.

وفي فتاوى قاضي خان: التعريض أن يقول المنكر حين عرض اليمين للقاضي: ما يحلفني على هذا الوجه[٢]، فإن الإنسان، إلى آخره ما ذكرنا.

ثم قال فيه: وبه أخذ بعض مشايخنا، وقال الحلواني: ينظر إلى جواب المنكر دعوى المدعي إذا أنكر السبب بأن قال: ما استقرضت ولا غصبت يُحلف على السبب، وإن قال: ليس له عليَّ هذا المالُ الذي يَدَّعِي، ولا شيء منه ـ يحلف على الحاصل.

قال رحمه الله: هذا هو الأحسن، وهكذا أيضًا في الذخيرة، وهذا هو الذي ذكرنا في المتن بقوله: (**وقيل: ينظر إن أنكر السبب**) إلى آخره، وعليه عمل أكثر القضاة.

وقال فخر الإسلام: يفوض إلى رأي القاضي، وبقول الحلواني قال مالك وأحمد والشافعي في وجه، وفي وجه كقول أبي يوسف.

قوله: (**والحاصل هو الأصل**) أي: التحليف على الحاصل أصل (**عندهما**) وهو أن يقول: بالله ما له حق الرد بهذا العيب الذي يدعيه.

قوله: (**فحينئذ يحلف على السبب بالإجماع**).، فإن قيل: في التحليف على السبب ضرر بالمنكر أيضًا؛ لجواز أنه اشترى ولا شفعة، بأن سلم أو سكت عن الطلب.

---

(١) وفي الثانية: (يعامل).

(٢) فتاوى قاضي خان (٣/ ٣٦).

وَذَلِكَ أَنْ تَدَّعِيَ مَبْتُوتَةٌ نَفَقَةَ العِدَّةِ وَالزَّوْجُ مِمَّنْ لَا يَرَاهَا، أَوْ ادَّعَى شُفْعَةً بِالجِوَارِ وَالمُشْتَرِي لَا يَرَاهَا، لِأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ عَلَى الحَاصِلِ يَصْدُقُ فِي يَمِينِهِ فِي مُعْتَقَدِهِ فَيَفُوتُ النَّظَرُ فِي حَقِّ المُدَّعِي، وَإِنْ كَانَ سَبَبًا لَا يَرْتَفِعُ بِرَافِعٍ فَالتَّحْلِيفُ عَلَى السَّبَبِ بِالإِجْمَاعِ كَالعَبْدِ المُسْلِمِ إِذَا ادَّعَى العِتْقَ عَلَى مَوْلَاهُ، بِخِلَافِ الأَمَةِ وَالعَبْدِ الكَافِرِ لِأَنَّهُ يُكَرِّرُ الرِّقَّ عَلَيْهَا بِالرِّدَّةِ وَاللِّحَاقِ وَعَلَيْهِ بِنَقْضِ العَهْدِ وَاللِّحَاقِ، وَلَا يُكَرِّرُ عَلَى العَبْدِ المُسْلِمِ.

قَالَ: (وَمَنْ وَرِثَ عَبْدًا وَادَّعَاهُ آخَرُ يُسْتَحْلَفُ عَلَى عِلْمِهِ) لِأَنَّهُ لَا عِلْمَ لَهُ بِمَا صَنَعَ المُوَرِّثُ، فَلَا يَحْلِفُ عَلَى البَتَاتِ (وَإِنْ وَهَبَ لَهُ أَوْ اشْتَرَاهُ يَحْلِفُ عَلَى البَتَاتِ)

قلنا: القاضي لا يجد بدًّا من إلحاق الضرر بأحدهما، فكان مراعاة جانب المدعي أولى؛ لأن السبب الموجب للحق هو الشراء، وإذا ثبت ثبت له الحق، وسقوطه إنما يكون بأسباب عارضة، فيجب التمسك بالأصل حتى يقومَ الدليل على العارض. كذا ذكره الصدر الشهيد في أدب القاضي.

وقوله: **(وذلك أن تَدَّعِي)** إشارة إلى ما كان من التحليف على السبب ترك النظر في جانب المدعي.

قوله: (فالتحليف على السبب بالإجماع) بأن قال: والله ما أعتقت.

(وعليه) أي: على العبد الكافر **(بنقض العهد واللحاق)** [٢/ ٢٤٨/ ب] والسبي بعد ذلك، والعبد المسلم إذا ارتد قتل، فلا يمكن تكرر الرق عليه، وفي بعض النسخ: **(وعليها)** مكان **(وعليه)** وهو بعيد.

قوله: (يحلف على البتات) وأصله أي التحليف في الشرع على نوعين: على البتات وعلى العلم، وكلاهما مشروع، فإنه عليه السلام «**حلّفَ اليَهُودِي فِي القَسَامَةِ بِاللهِ مَا قَتَلْتُم ولَا عَلِمْتُمْ له قَاتِلًا**»[1] فالتحليف على فعل المدعى عليه بالبتات، وعلى فعل غيره [بالعلم، وبه قالت الأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم،

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢١٩ رقم ٣٣٥٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/ ٢١٦ رقم ١٦٤٥١) من قضاء عمر رضي الله عنه، وفيه: «إنما قضيت عليكم بقضاء نبيكم صلى الله عليه وسلم».
قال الدارقطني: فيه عمر بن صبيح، وهو متروك الحديث.

لِوُجُودِ المُطْلَقِ لِلْيَمِينِ، إِذْ الشِّرَاءُ سَبَبٌ لِثُبُوتِ المِلْكِ وَضْعًا وَكَذَا الهِبَةُ.

وقال ابن أبي ليلى: كلها على البتات، وبه][1] قال شريح، وقال النخعي والشعبي والبصري: كلها على العلم.

قال الحلواني: هذا أصل مستقيم أن التحليف على فعل الغير في المسائل لا في الرد بالعيب، فإن المشتري إذا ادعى أن العبد سارق أو آبق، وأثبت إباقه وسرقته في يد نفسه، وادعى أنه سرق أو أبق في يد البائع، وأراد تحليف البائع يحلف على البتات مع أنهما فعل الغير؛ لما أن البائع ضمن تسليم المبيع سليمًا عن العيب، فالتحليف يرجع إلى ما ضمن بنفسه، فيكون على البتات.

وقيل: إن التحليف على فعل إنما يكون على العلم إذا قال الحالف: لا علم لي بذلك، أما لو قال: لي علم بذلك يحلف على البتات، ألا ترى أن المودع إذا قال: قبض صاحب الوديعة مني، فإنه يحلف المودع على البتات، وكذا الوكيل بالبيع إذا باع وسلم إلى المشتري، ثم أقر البائع أن الموكل قبض الثمن، وجحد الموكل؛ فالقول قول الوكيل مع يمينه، ويحلف على البتات، وهذا تحليف على فعل الغير، ولكن الوكيل يدعي أن له علمًا بذلك، فإنه قال: قبض الموكل الثمن، فكان له علم بذلك، فيحلف على البتات. كذا في الفصول.

وأجيب عنه: أن هذا تحليف على فعل نفسه، وهو التسليم والرد من حيث المعنى.

قوله: (والشراء سبب ثبوت الملك وضعًا) إلى آخره.

فإن قيل: الإرث سبب موضوع للملك شرعًا كالهبة، فكيف يستحلف في الإرث علم العلم؟

قلنا: معنى **قوله: (الشراء سبب لثبوت الملك وضعًا)** أي: سبب يثبت الملك باختياره، ولو لم يعلم المشتري أن العين الذي اشتراه ملك البائع لما باشر الشراء اختيارًا، وكذا الموهوب له في قبول الهبة، بخلاف الإرث، فإنه يثبت الملك للوارث جبرًا ولا علم له بحالِ ملكِ المورث، فلذلك يستحلف بالعلم. إليه أشار فخر الإسلام في جامعه.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَمَنْ ادَّعَى عَلَى آخَرَ مَالًا فَافْتَدَى يَمِينَهُ، أَوْ صَالَحَهُ مِنهَا عَلَى عَشَرَةٍ: فَهُوَ جَائِزٌ) وَهُوَ مَأْثُورٌ عَنْ عُثْمَانَ ﵁.

وفي المحيط: والفقه فيه أن الوارث حلف عن الميت، والنيابة لا تجري في اليمين حتى يُحَلَّفَ على البتات كالمورث، ولا كذلك المشتري؛ لأنه أصل بنفسه لا نائب عن غيره.

وذكر اللامشي: في كل موضع وجبت اليمين على العلم فحلف على البتات سقط عنه الحلف على العلم، فإذا نكل يقضى عليه، وفي كل موضع وجبت على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرًا، وإذا نكل عن اليمين لا يعتبر ذلك النكول. كذا في الفصول.

قوله: (فافتدى يمينه أو صالحه) فالافتداء قد يكون بمال هو مثل المدعى، وقد يكون أقل من المدعى، والصلح إنما يكون على أقل من المدعى في الغالب؛ لأن الصلح ينبني عن الحطيطة، وكلاهما مشروع، وهي مسألة الصلح على الإنكار، فيجوز عندنا ومالك وأحمد، ولا يجوز عند الشافعي، ويجيء في الصلح إن شاء الله.

(وهو) أي: افتداء اليمين مروي **(عن عثمان)** اختلفت روايات الكتب أن عثمان كان مُدَّعًى عليه من ذلك أو مُدَّعِيًا.

في الفوائد الظهيرية: كان مُدَّعًى عليه فافتدى يمينه، فقيل: ألا تحلف وأنت صادق؟ فقال: أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال: هذا بسبب يمينه.

وفي المبسوط: ذكر أنه كان مدعيًا، فادعى مالًا على مقداد[(١)]، وقد مرَّ في مسألة رد اليمين على المدعي.

وعن حذيفة أنه افتدى يمينه بمال، ولأنه لو حلف يقع في القيل والقال، فإن الناس من مصدق ومكذب، فإذا افتدى يمينه فقد صان عرضه، وهو حسن، قال ﵇: «**ذُبُّوا عَنْ أَعْرَاضِكُمْ بِأَمْوَالِكُمْ**»[(٢)]، وعن علي: إياك وما يقع عند

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٣٤).

(٢) ذكره الديلمي في الفردوس (٢/ ٢٤٣، برقم ٣١٤٢) من حديث أبي هريرة ﵁.
قال العجلوني: قال ابن الغرس: قال شيخنا حجازي: حديث حسن لغيره. كشف الخفاء (ص ٤٧٦).

(وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَحْلِفَهُ عَلَى تِلْكَ اليَمِينِ أَبَدًا) لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ التَّحَالُفِ

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فِي البَيْعِ، فَادَّعَى أَحَدُهُمَا ثَمَنًا وَادَّعَى البَائِعُ أَكْثَرَ مِنْهُ، أَوْ اعْتَرَفَ البَائِعُ بِقَدْرٍ مِن المَبِيعِ، وَادَّعَى الْمُشْتَرِي أَكْثَرَ مِنْهُ فَأَقَامَ أَحَدُهُمَا البَيِّنَةَ: قُضِيَ لَهُ بِهَا) لِأَنَّ فِي الجَانِبِ الآخَرِ مُجَرَّدَ الدَّعْوَى، وَالبَيِّنَةُ أَقْوَى مِنهَا (وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا بَيِّنَةً كَانَتْ البَيِّنَةُ المُثْبِتَةُ لِلزِّيَادَةِ أَوْلَى) لِأَنَّ البَيِّنَاتِ لِلْإِثْبَاتِ، وَلَا تَعَارُضَ فِي الزِّيَادَةِ (وَلَوْ كَانَ الِاخْتِلَافُ فِي الثَّمَنِ وَالمَبِيعِ جَمِيعًا، فَبَيِّنَةُ البَائِعِ أَوْلَى فِي الثَّمَنِ، وَبَيِّنَةُ المُشْتَرِي أَوْلَى فِي المَبِيعِ) نَظَرًا إِلَى زِيَادَةِ الإِثْبَاتِ.

الناس إنكارُه، وإن كان عندك اعتذارُه، فليس كل سامعٍ نكرًا، يستطيع أن يُوسِعَه عذرًا.

قوله: (لأنه) أي: المدعي **(أسقط حقه)** بالفداء والصلح؛ لأنه أخذ بدله، أما لو اشترى يمينه بعشرة دراهم لم يجز، وله أن يستحلفه؛ لأن الشراء عقد تمليك المال، واليمين ليست بمال. ذكره قاضي خان والمرغيناني والمحبوبي.

بَابُ التَّحَالُفِ

لما ذكر حكم يمين الواحد ذكر حكم يمين الاثنين؛ [٢/ ٢٤٩/أ] إذ الاثنين بعد الواحد.

قوله: (ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعًا) أي: في قدرهما.

وفي المبسوط: صورته: قال البائع: بعتك هذه الجارية بمائة دينار، وقال المشتري: بعتني معها هذا الوصيف بخمسين دينارًا، وأقاما البينة، فهما جميعًا للمشتري بمائة دينار، أو يقضى بالعقدين؛ لأن كل واحد منهما يثبت زيادة في حقه، فيثبته كل واحد على ما يثبت من الزيادة في حقه مقبولة[١].

وقيل: هذا قول أبي حنيفة الآخر، أما قال أولًا: يقضى بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارًا، وهو قول زفر، ونظير هذه المسألة في الإجارات.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٣/ ٣٥).

(وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا بَيِّنَةٌ، قِيلَ لِلْمُشْتَرِي: إمَّا أَنْ تَرْضَى بِالثَّمَنِ الَّذِي ادَّعَاهُ البَائِعُ وَإِلَّا فَسَخْنَا البَيْعَ، وَقِيلَ لِلْبَائِعِ: إمَّا أَنْ تُسَلِّمَ مَا ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي مِن المَبِيعِ وَإِلَّا فَسَخْنَا البَيْعَ) لِأَنَّ المَقْصُودَ قَطْعُ المُنَازَعَةِ، وَهَذِهِ جِهَةٌ فِيهِ، لِأَنَّهُ رُبَّمَا لَا يَرْضَيَانِ بِالفَسْخِ، فَإِذَا عَلِمَا بِهِ يَتَرَاضَيَانِ بِهِ (فَإِنْ لَمْ يَتَرَاضَيَا اسْتَحْلَفَ الحَاكِمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنهُمَا عَلَى دَعْوَى الآخَرِ) وَهَذَا التَّحَالُفُ قَبْلَ القَبْضِ عَلَى وِفَاقِ القِيَاسِ، لِأَنَّ

أما لو اختلفا في جنس الثمن بأن قال البائع: بعتك هذه الجارية بعبدك، وقال: اشتريتها بمائة دينار، وأقاما البينة لزم المشتري البيع بالعبد، وتقبل بينة البائع دون المشتري؛ لأن حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما، وإنما الاختلاف في حق البائع، وبينته تثبت الحق لنفسه في العبد، وبينة المشتري تبقي ذلك، والبينات للإثبات.

قوله: (فإذا علما به) أي: بالفسخ **(يتراضيان)** أي: بما ادعى كل واحد منهما.

(وهذا التحالف قبل القبض) أي: قبض المشتري السلعة **(موافق القياس)** هذا الذي ذكره اختيار أبي حازم القاضي.

أما في أصل رواية المبسوط لم يَشْتَرِطْ ـ في [أن][1] التحالف مخالف للقياس ـ هذا الشرطَ، حيث قال: إذا اختلفا في الثمن، والسلعة قائمة، يتحالفان استحسانًا، والقياس: القول للمشتري؛ لأنهما اتفقا على أصل البيع، وادعى البائع الزيادة في الثمن، والمشتري منكر، فالقول له مع يمينه؛ لقوله ﷺ: «**الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**»[2] لكن تُرِكَ القياس بالسنة، والمروي حديثان:

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٨/ ١٢٣ رقم ١٦٨٨٢) من حديث عبد الله بن عمرو ﷺ: أن رسول الله ﷺ قال: «الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ إِلَّا فِي الْقَسَامَةِ».
والترمذي (٣/ ١٩ رقم ١٣٤١) بلفظ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ».
قال الترمذي: هذا حديث في إسناده مقال، ومحمد بن عبيد الله العرزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه، ضعفه ابن المبارك وغيره. =

البَائِعَ يَدَّعِي زِيَادَةَ الثَّمَنِ، وَالمُشْتَرِيَ يُنْكِرُهُ، وَالمُشْتَرِي يَدَّعِي وُجُوبَ تَسْلِيمِ المَبِيعِ بِمَا نَقَدَ، وَالبَائِعَ يُنْكِرُهُ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مُنْكِرٌ فَيَحْلِفُ؛ فَأَمَّا بَعْدَ القَبْضِ فَمُخَالِفٌ لِلْقِيَاسِ، لِأَنَّ المُشْتَرِيَ لَا يَدَّعِي شَيْئًا، لِأَنَّ المَبِيعَ سَالِمٌ لَهُ فَبَقِيَ دَعْوَى البَائِعِ فِي زِيَادَةِ الثَّمَنِ، وَالمُشْتَرِي يُنْكِرُهَا، فَيُكْتَفَى بِحَلِفِهِ، لَكِنَّا عَرَفْنَاهُ بِالنَّصِّ وَهُوَ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِذَا اخْتَلَفَ المُتَبَايِعَانِ وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ بِعَيْنِهَا تَحَالَفَا وَتَرَادَّا».

(وَيَبْتَدِئُ بِيَمِينِ المُشْتَرِي) وَهَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَأَبِي يُوسُفَ آخِرًا، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ وَهُوَ الصَّحِيحُ، لِأَنَّ المُشْتَرِيَ أَشَدُّهُمَا إِنْكَارًا، لِأَنَّهُ يُطَالِبُ أَوَّلًا بِالثَّمَنِ،

أحدهما: ما روى ابن مسعود أنه عليه السلام قال: «**إِذَا اخْتَلَفَ المُتَبَايِعَانِ وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ بِعَيْنِهَا، فَالقَوْلُ مَا يَقُولُهُ البائِعِ، ويَتَرادَّانِ**»[١].

والثاني: ما روى أبو هريرة أنه عليه السلام قال: «**إذا اختلفا تحالفا وترادَّا**»[٢] والحديث مشهور صحيح يُترَك القياس به.

فإن قيل: مخصوص في الأجل وشرط الخيار، حيث لا تحالف ثمةَ إذا اختلفا فيهما.

قلنا: ليس بمخصوص؛ لأن المرادَ من الاختلافِ في البيع[٣]: الاختلافُ في المبيع أو الثمن؛ إذ قيام البيع[٤] بهما، كذا قيل، وفيه نوع تأمل.

وقوله: **(وهو الصحيح)** احتراز عن قول أبي يوسف الأول، كما يجيء، وبالصحيح قال زفر والشافعي في وجه.

قوله: (لأنه يطالب بالثمن أولًا) فيكون بادئًا بالإنكار، والبادئ أظلم، فيكون إنكاره في أزمنةٍ ما يتحقق فيه إنكار البائع فيها، ولأن إنكار البائع مبني

= وأخرج البخاري (٣/ ١٤٣ رقم ٢٥١٤)، ومسلم (٣/ ١٣٣٦ رقم ١٧١١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بِاليَمِينِ عَلَى المُدَّعَى عَلَيْهِ.

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٨٥ رقم ٣٥١١)، وابن ماجه (٢/ ٧٣٧ رقم ٢١٨٦)، والحاكم (٢/ ٥٢ رقم ٢٢٩٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٣٣٣ رقم ١١١٢٨) من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه. قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد.

(٢) قال ابن حجر: أما رواية التحالف فاعترف الرافعي في التذنيب أنه لا ذكر لها في شيء من كتب الحديث، وإنما توجد في كتب الفقه. التلخيص الحبير (٣/ ٨٤).

(٣) بعدها في النسختين: (أو) ويستقيم السياق بحذفها.

(٤) في الأصل: (المبيع) وما أثبتناه من النسخة الثانية.

وَلِأَنَّهُ يَتَعَجَّلُ فَائِدَةَ النُّكُولِ وَهُوَ إِلْزَامُ الثَّمَنِ، وَلَوْ بُدِئَ بِيَمِينِ البَائِعِ تَتَأَخَّرُ المُطَالَبَةُ بِتَسْلِيمِ المَبِيعِ إِلَى زَمَانِ اسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ. وَكَانَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ يَقُولُ أَوَّلًا: يَبْدَأُ بِيَمِينِ البَائِعِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِذَا اخْتَلَفَ المُتَبَايِعَانِ فَالقَوْلُ مَا قَالَهُ البَائِعُ» خَصَّهُ بِالذِّكْرِ، وَأَقَلُّ فَائِدَتِهِ التَّقْدِيمُ.

(وَإِنْ كَانَ بَيْعَ عَيْنٍ بِعَيْنٍ، أَوْ ثَمَنٍ بِثَمَنٍ، بَدَأَ القَاضِي بِيَمِينِ أَيِّهِمَا شَاءَ) لِاسْتِوَائِهِمَا (وَصِفَةُ اليَمِينِ: أَنْ يَحْلِفَ البَائِعُ بِاللَّهِ مَا بَاعَهُ بِأَلْفٍ، وَيَحْلِفَ المُشْتَرِي

على إنكار المشتري، ولأنه أنكر شيئين: أصل الوجوب والأداء في الحال. كذا ذكره قاضي خان.

(**ولأنه يتعجل فائدة النكول**)، واليمين شرعت لفائدة النكول، حتى لا يُستحلَفُ فيما لا يستوفى بالنكول، ونكول المشتري بتعجيل فائدته، وهو تسليم الثمن، فبنكول البائع تتأخر فائدته؛ لأن تسليم المبيع يؤخر إلى زمان استيفاء الثمن؛ لأنه يقال له: أمسك المبيع حتى تستوفي الثمن، فكان تقديم ما تعجل فائدته بالنكول أولى.

قوله: (**أولًا يبدأ بيمين البائع**) وبه قال الشافعي في الأصح ومالك وأحمد.

قوله: (**فخصه**) أي: النبيُّ عليه السلام خص البائعَ (**بالذكر**) وجعل القول قوله، وهذا يقتضي الاكتفاء بيمينه، فإن[1] لا يُكتفَى بيمينه فلا [أقلَّ من][2] أن يُبدَأَ بيمينه. كذا في المبسوط[3].

ولأن المقصود من اليمين النكول، وبنكوله يقطع المنازعة بنفسه، وبنكول المشتري لا يقطع، ولكن يجبر على ما إذا ادعى البائع من الألفين، واليمين لقطع المنازعة، وقيل: يقرع بينهما، وقيل: هذا يمين الزوج في النكاح عند أبي حنيفة ومحمد؛ تعجيلًا لفائدة النكول، كما في المشتري، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وقد ذكر في النكاح أنه يقرع بينهما في النداء.

قوله: (**بدأ القاضي بأيهما شاء**) وبه قال الشافعي في كل البيوع في وجه (**لاستوائهما**) أي: [في][4] فائدة النكول.

---

(١) كذا في الأصول الخطية، وفي المبسوط: (فإن كان).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) المبسوط للسرخسي (١٣/ ٣٠).
(٤) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

بِاَللَّهِ مَا اشْتَرَاهُ بِأَلْفَيْنِ) وَقَالَ فِي الزِّيَادَاتِ: يَحْلِفُ بِاَللَّهِ مَا بَاعَهُ بِأَلْفٍ وَلَقَدْ بَاعَهُ بِأَلْفَيْنِ، يَحْلِفُ الْمُشْتَرِي بِاَللَّهِ مَا اشْتَرَاهُ بِأَلْفَيْنِ وَلَقَدْ اشْتَرَاهُ بِأَلْفٍ يُضَمُّ الْإِثْبَاتُ إلَى النَّفْيِ تَأْكِيدًا، وَالْأَصَحُّ: الِاقْتِصَارُ عَلَى النَّفْيِ لِأَنَّ الْأَيْمَانَ عَلَى ذَلِكَ وُضِعَتْ، دَلَّ عَلَيْهِ حَدِيثُ الْقَسَامَةِ «بِاَللَّهِ مَا قَتَلْتُمْ وَلَا عَلِمْتُمْ لَهُ قَاتِلًا». قَالَ: (فَإِنْ حَلَفَا فَسَخَ الْقَاضِي الْبَيْعَ بَيْنَهُمَا) وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَنْفَسِخُ بِنَفْسِ التَّحَالُفِ، لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ مَا ادَّعَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، فَيَبْقَى بَيْعٌ مَجْهُولٍ فَيَفْسَخُهُ الْقَاضِي قَطْعًا لِلْمُنَازَعَةِ. أَوْ يُقَالُ. إذَا لَمْ يَثْبُتْ الْبَدَلُ يَبْقَى بَيْعًا بِلَا بَدَلٍ وَهُوَ فَاسِدٌ وَلَا بُدَّ مِن الْفَسْخِ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ.

قوله: (يضم الإثبات إلى النفي) بيانه: أنه لو حلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين، ربما يحلف ويكون بارًّا في يمينه، فلعله اشتراه بألف وتسعمائة فيبطل حق البائع في الزيادة، وكذا البائع لو حلف بالله ما باعه بألف، ربما يحلف ويكون صادقًا لجواز أنه باعه بألف ودرهم، فيبطل حق المشتري.

[٢/ ٢٤٩/ب] **(لأن الأيمان على ذلك وُضِعَتْ)** أي: على النفي لا على الإثبات؛ لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما، حتى [إذا][١] اصطلحا على شيء تُرِكا على ذلك، ولا عبرة بذلك الوهم؛ لأن البائع لو كان باعه بألف وتسعمائة لا يدعي البيع بألفين؛ لأنه يعلم أن المشتري متى حلف على دعواه لا يبالي من الحلف؛ لأنه لا يحنث في يمينه، وكذا المشتري لو اشتراه بألف ودرهم لا يدعي الشراء بألف؛ لأنه يعلم أن البائع لا يبالي من الحلف على ألف؛ لأنه لا يحنث في يمينه.

قوله: (فسخ القاضي البيع) إن طلبا أو طلب أحدهما، حتى لو رضيا بترك الدعوى لم ينفسخ، وقيل: ينفسخ بنفس التحالف، وبه قال الشافعي في وجه، والصحيح أنه لا ينفسخ، وبه قال الشافعي في الأصح، والقاضي يفسخه، وهو المشهور عنه، وفي وجه يفسخه أحد العاقدين.

قوله: (ولا بد من الفسخ في فاسد البيع) وفيما لم يفسخاه فلا بد أن يقوم القاضي مقامهما في الفسخ.

وفي المبسوط[٢]: إنما يفسخ القاضي البيع عند طلب أحدهما، فما لم

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) المبسوط للسرخسي (١٣/ ٣٢).

قَالَ: (وَإِنْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا عَنْ اليَمِينِ لَزِمَهُ دَعْوَى الآخَرِ) لِأَنَّهُ جُعِلَ بَاذِلًا فَلَمْ يَبْقَ دَعْوَاهُ مُعَارِضًا لِدَعْوَى الآخَرِ فَلَزِمَ القَوْلُ بِثُبُوتِهِ.

قَالَ: (وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الأَجَلِ، أَوْ فِي شَرْطِ الخِيَارِ، ....

يفسخ حل للمشتري وطء المشتراة، ولو فسد البيع بالتحالف لما حل ولما تأخر حكم الفسخ إلى طلب أحدهما، ولا يفسخ النكاح؛ لأن أثر التحالف في بطلان التسمية، وذا لا يحل بصحة النكاح؛ إذ المهر تابع فيه، وفي البيع عدم التسمية ثَم إذا لم يفسخ النكاح بحكم مهر المثل، وقد مرَّ في النكاح، فيجيء بعدُ أيضًا.

قوله: (**وإن اختلفا في الأجل**) إلى آخره، وكذا لو اختلفا في قدر الأجل، أو قدر شرط الخيار، أو شرط الرهن، أو شرط الضمان، أو العهدة بالمال ـ فلا تحالف عندنا، وبه قال أحمد. وقال زفر والشافعي ومالك: تحالفا، ولو اختلفا في أصل البيع لم يتحالفا بالإجماع. لزفر إطلاق النص.

قلنا: علق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع، والبيع يثبت بالمبيع والثمن لا بالأجل، فكأنه قال: إذا اختلف المتبايعان في المبيع أو الثمن تحالفا، وفيما وراءهما يؤخذ بالقياس، والقياس: القول للمنكر.

فإن قيل: الأجل يوجب نقصًا في الثمن، فكان ذلك اختلافًا في وصف الثمن.

قلنا: الأجل ليس بوصف للثمن؛ بدليل أن الأجل يمضي والثمن موجود مستحق، ولو كان وصفًا له لتبعه، كذا قيل، وفيه نوع تأمل.

ولأن أصل الثمن حق البائع، والأجل حق المشتري، ولو كان وصفًا للثمن لكان تابعًا للأصل وحقًّا للبائع.

وفي المبسوط: فرق أبو حنيفة بين هذا وبين الأجل في باب السلم، حيث جعل هناك القول قول مدعي الأجل، وهنا القول لمنكره، والفرق أنه جعل هناك الأجل من شرائط صحة العقد، فإقراره بالعقد إقرار بما هو شرط، فإذا أنكر فقد رجع عن الإقرار، فلا يصدق، ولو اختلفا في مُضِيِّ الأجل فالقول للمشتري؛ لأن الأجل حقه، وهو منكر استيفاء حقه. ذكره في المبسوط[١].

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٣/ ٣٥).

أَوْ فِي اسْتِيفَاءِ بَعْضِ الثَّمَنِ، فَلَا تَحَالُفَ بَيْنَهُمَا) لِأَنَّ هَذَا اخْتِلَافٌ فِي غَيْرِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَالْمَعْقُودِ بِهِ، فَأَشْبَهَ الِاخْتِلَافَ فِي الحَطِّ وَالإِبْرَاءِ، وَهَذَا لِأَنَّ بِانْعِدَامِهِ لَا يَخْتَلُّ مَا بِهِ قِوَامُ العَقْدِ، بِخِلَافِ الِاخْتِلَافِ فِي وَصْفِ الثَّمَنِ وَجِنْسِهِ، حَيْثُ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الِاخْتِلَافِ فِي القَدْرِ فِي جَرَيَانِ التَّحَالُفِ، لِأَنَّ ذَلِكَ يَرْجِعُ إِلَى نَفْسِ الثَّمَنِ، فَإِنَّ الثَّمَنَ دَيْنٌ وَهُوَ يُعْرَفُ بِالوَصْفِ، وَلَا كَذَلِكَ الأَجَلُ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَصْفٍ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ

قوله: (في استيفاء بعض الثمن) وكذا لو اختلفا في استيفاء كل الثمن فالحكم كذلك، حيث يكون اليمين على البائع لا غير، وإنما لم يذكره؛ لأن ذلك مفروغ منه باعتبار أنه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوى.

قوله: (فأشبه الاختلاف في الحط) يعني إذا اختلفا في حط بعض الثمن، أو إبراء كل الثمن لم يتحالفا، فكذا إذا اختلفا في الأجل وشرط الخيار **(وهذا لأن بانعدامه)** أي: بانعدام ما ذكرنا من الأجل أو شرط [الخيار][1] أو استيفاء بعض الثمن **(لا يَخْتَلُّ ما به قِوام العقد)** وهو المبيع والثمن؛ إذ العقد بلا أجل وشرط جائز، فبعد التحالف يبقى عقدًا بلا أجل وشرط، ولأنه لا يوجب الفساد.

وفي جامع قاضي خان: الاختلاف في الثمن والمبيع يوجب اختلاف العقد، ولهذا لو شهد أحدهما بالبيع بألف درهم، والآخر بالبيع بالدنانير لا يقبل؛ لاختلاف العقد، ولو شهد أحدهما بالبيع بألف إلى أجل، والآخر بالبيع بألف يُقضَى بالبيع بألفٍ حالَّةٍ، وكذا لو شهد أحدهما بالشرط، والآخر بالبيع بلا ذكر شرط جازت الشهادة في وصف الثمن.

(يرجع إلى نفس الثمن؛ لأن الثمن دين، وهو يعرف بالوصف) فلما اختلفا في وصف هو مُعرِّف صار كالاختلاف في المعرف، وهو الثمن.

(لأنه) أي: الأجل **(ليس بوصف)** بل هو أصل بنفسه، لكنه يثبت بواسطة الشرط، وقد بينا أنه ليس بوصف الثمن.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

الثَّمَنَ مَوْجُودٌ بَعْدَ مُضِيِّهِ (وَالقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يُنْكِرُ الخِيَارَ وَالأَجَلَ مَعَ يَمِينِهِ) لِأَنَّهُمَا يَثْبُتَانِ بِعَارِضِ الشَّرْطِ وَالقَوْلُ لِمُنْكِرِ العَوَارِضِ.

قَالَ: (فَإِنْ هَلَكَ المَبِيعُ ثُمَّ اخْتَلَفَا، لَمْ يَتَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَتَحَالَفَانِ وَيُفْسَخُ البَيْعُ(*) عَلَى قِيمَةِ الهَالِكِ) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ: رَحِمَهُ اللهُ، وَعَلَى هَذَا إِذَا خَرَجَ المَبِيعُ عَنْ مِلْكِهِ، أَوْ صَارَ بِحَالٍ لَا يَقْدِرُ عَلَى رَدِّهِ بِالعَيْبِ. لَهُمَا: أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي غَيْرَ العَقْدِ الَّذِي يَدَّعِيهِ صَاحِبُهُ وَالآخَرُ يُنْكِرُهُ، وَأَنَّهُ يُفِيدُ دَفْعَ زِيَادَةِ الثَّمَنِ فَيَتَحَالَفَانِ؛ ....

قوله: (فإن هلك المبيع) بعد قبض المشتري لا قبل قبضه ينفسخ العقد بهلاكه **(ثم اختلفا)** أي: في مقدار الثمن. هكذا ذكر في المبسوط.

قوله: (والقول قول المشتري) [٢/ ٢٥٠/أ] وبه قال مالك في رواية، وأحمد في رواية.

قوله: (وهو قول الشافعي) وبه قال مالك في رواية، واختاره صاحب الجواهر، وأحمد في رواية، ولمالك أربع روايات إذا اختلفا في مقدار الثمن: اثنتان ما ذكرنا، والثالثة: يتحالفان قبل قبض المشتري السلعةَ، والرابعة: يتحالفان بعد القبض ما لم يَبِنْ بها.

قوله: [لهما](١) أي: لمحمد والشافعي قوله ﷺ: «**إذَا اخْتَلَفَ المُتَبَايِعان تَحالَفَا وترادَّا**» وما ذكر في بعض رواية الحديث: «**والسلعة قائمة**» فذلك مذكور على سبيل التنبيه، أي: تحالفا وإن كانت قائمة، ولا يقال: قوله «**وتَرَادَّا**» قرينة أنه حالَ قيام السلعة؛ لأن المراد من التَّرادِّ تَرادُّ العوضين لا تَرادُّ العقد، ولأن النص معلول بعلة أن كل واحد منهما يدعي عقدًا غير الذي يدعيه الآخر، والآخر ينكر؛ إذ البيع يختلف باختلاف الثمن، فعدينا إلى حال الهلاك، ويكون التَّرادُّ بالقيمة؛ لأن قيمة الشيء تقوم مقامه، وتندفع الزيادة عن المشتري لو نكل البائع، فكان التحالف مقيدًا.

وقوله: **(وأنه يفيد دفع زيادة الثمن)** جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال: ما

(*) الراجح: قول الشيخين.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

كَمَا إذَا اخْتَلَفَا فِي جِنْسِ الثَّمَنِ بَعْدَ هَلَاكِ السِّلْعَةِ، وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: أَنَّ التَّحَالُفَ بَعْدَ القَبْضِ عَلَى خِلَافِ القِيَاسِ، لِأَنَّهُ سَلَّمَ لِلْمُشْتَرِي مَا يَدَّعِيهِ وَقَدْ وَرَدَ الشَّرْعُ بِهِ فِي حَالِ قِيَامِ السِّلْعَةِ، وَالتَّحَالُفُ فِيهِ يُفْضِي إلَى الفَسْخِ، وَلَا كَذَلِكَ بَعْدَ هَلَاكِهَا لِارْتِفَاعِ العَقْدِ، فَلَمْ يَكُنْ فِي مَعْنَاهُ، وَلِأَنَّهُ لَا يُبَالِي

فائدة التحليف عندك، فإن فائدته الترادُّ، وامتنع التراد بالهلاك؟ فقال: بل فيه فائدة دفع الزيادة التي يدعيها البائع على تقدير نكول المشتري.

فإن قيل: هذا يحصل بتحليف المشتري حينئذٍ، فما فائدة تحليف البائع؟

قلنا: لم يحصل تمام الفائدة بتحليف المشتري، فإن المشتري إذا نكل يلزمه ما ادعاه للبائع، [والبائع][1] إذا نكل يندفع عن المشتري ما ادعاه البائع من الزيادة، فيتحالفان.

قوله: (كما إذا اختلفا في جنس الثمن) بأن قال أحدهما: دراهم، وقال الآخر: دنانير، بعد هلاكه ـ تحالفا، ولزم المشتري رد القيمة. ذكره في الأسرار.

قوله: (ولأبي حنيفة وأبي يوسف) قوله ﷺ: «**إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ، وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ بِعَيْنِهَا، تَحالَفَا وتَرادَّا**»[2].

وقوله: «والسلعة قائمة» مذكور على وجه الشرط؛ لأن الواو للحال، والأحوال شروط، والمطلق يحمل على المقيد إذا ورد في حادثة واحدة في حكم واحد، والتحالف بعد القبض على خلاف القياس كما ذكرنا، فلا يتعدى إلى حال هلاك السلعة؛ لأن حال هلاكها ليس كحال قيامها؛ لأن عند قيامها يندفع الضرر عن كل واحد منهما، فإنه يفسخ العقد، فيعود كل واحد منهما إلى رأس ماله بعينه، وبعد الهلاك لا يحصل ذلك؛ إذ العقد لا يحتمل الفسخ بالإقالة، وبالرد بالعيب بعد الهلاك، فكذا بالتحالف؛ إذ الفسخ لا يرد على ما ورد عليه العقد.

قوله: (ولأنه لا يبالي) إلى آخره، جواب عن قول محمد: إن كل واحد يدعي عقدًا غير العقد الذي يدعيه صاحبه، فيختلف السبب، **فقلنا: (لا يبالي**

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) تقدم تخريجه قريبًا.

بِالِاخْتِلَافِ فِي السَّبَبِ بَعْدَ حُصُولِ المَقْصُودِ، وَإِنَّمَا يُرَاعَى مِن الفَائِدَةِ مَا يُوجِبُهُ العَقْدُ، وَفَائِدَةُ دَفْعِ زِيَادَةِ الثَّمَنِ لَيْسَتْ مِن مُوجِبَاتِهِ ....

باختلاف السبب بعد حصول المقصود) وهو سلامة المبيع للمشتري، حيث سلم له وهلك على ملكه، سواء كان الأمر على ما زعم هو أو البائع، فَلَغا ذِكْرُ السبب، كمن أقر لغيره بألف من ثمن عبد، فقال المقر له: لا بل غصبته مني ألفًا ـ تجب الألف على المقر، وكما لو اختلفا في ألف وألفين بلا سبب، فيكون اليمين على منكر ألف الزائد.

وهذا بخلاف ما لو اختلفا في جنس الثمن؛ لأن البائع يدعي الدنانير والمشتري ينكر، والمشتري يدعي الشراء بالدراهم والبائع ينكر، وإنكاره صحيح؛ لأن المبيع لا يسلم للمشتري إلا بثمن، ولم يتفقا على ثمن، وهنا اتفقا على الألف، وهو يكفي للصحة.

قوله: **(وإنما يراعى)** جواب عن قول محمد من فائدة التحالف بعد هلاك المبيع، فقال: الفائدة التي قلتَ ليست من موجبات العقد، والفائدة المَرْعِيَّة ما يوجبه العقد، وفائدة دفع زيادة الثمن من موجبات نكول البائع لا من موجبات العقد.

وقيل: **قوله**: **(وإنما يراعى)** إلى آخره يصلح جوابًا لشبهة ترد على قول محمد، وأنه لا يبالي باختلاف السبب.

فإن قيل: هذا يشكل بما إذا ادعى أحدهما البيع والآخر الهبة ـ يتحالفان، ذكره في المبسوط في تعليل قول محمد.

فأجاب عنه **بقوله**: **(وإنما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد)** وليس التحالف هناك من موجب العقد؛ بل موجب العقد ثبوت الملك له أو للمشتري.

فإن قيل: لو اعتبرنا حصول المقصود من غير اعتبار اختلاف السبب كان [٢/ ٢٥٠/ب] ينبغي ألا يتحالفا عند قيام السلعة؛ لحصول المقصود، وهو ملك المعقود للمشتري، حتى لو كان جاريةً حلَّ للمشتري وطؤها.

قلنا: نعم لكن يثبت ذلك بالنص، على خلاف القياس.

وَهَذَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ دَيْنًا، فَإِنْ كَانَ عَيْنًا يَتَحَالَفَانِ، لِأَنَّ المَبِيعَ فِي أَحَدِ الجَانِبَيْنِ قَائِمٌ فَتَوَفَّرُ فَائِدَةُ الفَسْخِ ثُمَّ يَرُدُّ مِثْلَ الهَالِكِ إِنْ كَانَ لَهُ مِثْلٌ، أَوْ قِيمَتَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِثْلٌ.

قَالَ: (وَإِنْ هَلَكَ أَحَدُ العَبْدَيْنِ، ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ، لَمْ يَتَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا أَنْ يَرْضَى البَائِعُ أَنْ يَتْرُكَ حِصَّةَ الهَالِكِ مِن الثَّمَنِ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: القَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، إِلَّا أَنْ يَشَاءَ البَائِعُ أَنْ يَأْخُذَ العَبْدَ الحَيَّ ....

قوله: (هذا إذا كان الثمن دينًا) بأن كان دراهم أو دنانير أو مكيلًا أو موزونًا موصوفًا في الذمة **(فإن كان)** أي: عينًا، يعني غير ما ذكرنا، أي: بيع مقابضة[(١)] فهلك المبيع، أي: أحد العوضين؛ لما أن المبيع غير متعين لكونه مبيعًا، ولهذا قال بعده: **(لأن المبيع في أحد الجانبين قائم)** حيث سمى القائم مبيعًا، ودخول الباقي أحد العوضين لا يعين جهة الثمنية في العينين المتعينين؛ لما ذكرنا في البيوع، وإذا كان كل واحد مبيعًا وثمنًا من وجه كان البيع قائمًا ببقاء البدل الآخر، فيمكن فسخه، كما هو كافٍ لصحة الإقالة.

قوله: (وإن هلك أحد العبدين) أي: هلك بعد قبضهما، وبه صرح في جامع قاضي خان.

وفي الجامع: القول قول المشتري، أي: فيهما مع يمينه. كذا ذكره الكُشاني.

وإنما أعاد لفظ الجامع؛ لأن لفظه يقتضي أن يكون المستثنى منه يمين المشتري، ولفظ المبسوط يقتضي أن يكون المستثنى منه عدم التحالف؛ بل المذكور هناك قبل الاستثناء: لم يتحالفا.

وفي الفوائد الظهيرية: تكلم المشايخ في **قوله: (إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي)** إلى آخره، وتكلموا أيضًا أن هذا الاستثناء: إلى ماذا ينصرف؟

قال مشايخ بلخ: ينصرف إلى يمين المشتري، معناه أن البائع يأخذ الحي صلحًا عما يدعيه من الزيادة قبل المشتري، فيجعل صلحهما على هذا العبد

---

(١) في الأصل: (مقاصة)، والمثبت من النسخة الثانية.

وَلَا شَيْءَ لَهُ مِنْ قِيمةِ الهَالِكِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَتَحَالَفَانِ فِي الحَيِّ وَيُفْسَخُ العَقْدُ فِي الحَيِّ، وَالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي فِي قِيمَةِ الهَالِكِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَتَحَالَفَانِ عَلَيْهِمَا وَيَرُدُّ الحَيَّ وَقِيمَةَ الهَالِكِ)(*) لِأَنَّ هَلَاكَ كُلِّ السِّلْعَةِ لَا يَمْنَعُ التَّحَالُفَ عِنْدَهُ فَهَلَاكُ البَعْضِ أَوْلَى. وَلِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّ امْتِنَاعَ التَّحَالُفِ لِلْهَلَاكِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ.

كصلحهما على عبد آخر، فصار تقديره على قولهم: إلا أن يأخذ البائعُ الحيَّ ولا يأخذ شيئًا آخر، فحينئذ لا يحلف المشتري.

قال شيخ الإسلام: هذا [لا](١) يقوى؛ لأن الأخذ معلق بمشيئة البائع، ولو كان كذلك لكان معلقًا بمشيئتهما، وعامة مشايخنا أن الاستثناء ينصرف إلى التحالف، معناه: لا يتحالفان عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحيَّ ولا يأخذ شيئًا من ثمن الميت، وهذا لأن المذكورَ التحالفُ دون يمين المشتري، فكان صرف الاستثناء إليه أولى.

وبعضهم قالوا: ينصرف إلى يمين المشتري على معنى أن البائع إذا رضي أن يأخذ الحي ولا يأخذ من ثمن الميت، فحينئذ لا يحلف المشتري؛ لأنه إنما يحلف إذا أنكر ما يدعيه البائع، فإذا أعرض عن دعواه لا معنى لتحليفه.

قال الكُشاني: يأخذ البائع في حق الهلاك من المشتري ما يقر به المشتري، فحينئذ لا يحلف؛ لأن الاستحلاف في حق المشتري إذا كان منكرًا ما يدعيه البائع من الزيادة، فإذا ترك دعوى الزيادة وأخذ الحي، ورضي به المشتري، فلا حاجة إلى استحلافه، والصحيح ترك دعوى الزيادة لا ترك ثمن الميت؛ لأن البائع لا يترك من ثمن الميت ما أقر به المشتري، إنما يترك دعوى الزيادة.

ومعنى قوله: لا يأخذ شيئًا أي: من الزيادة، ومن أصحابنا، فعلى هذا يكون الاستثناء منصرفًا إلى يمين المشتري، وبعض أصحابنا قال: الاستثناء ينصرف إلى التحالف، وهو ليس بصحيح؛ لما بينا أن المذكورَ استحلافُ المشتري لا تركُ التحالف، والاستثناء ينصرف إلى المذكور.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.
(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ التَّحَالُفَ عَلَى خِلَافِ القِيَاسِ فِي حَالِ قِيَامِ السِّلْعَةِ، وَهِيَ اسْمٌ لِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا، فَلَا تَبْقَى السِّلْعَةُ بِفَوَاتِ بَعْضِهَا، وَلِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ التَّحَالُفُ فِي القَائِمِ إِلَّا عَلَى اعْتِبَارِ حِصَّتِهِ مِن الثَّمَنِ فَلَا بُدَّ مِن القِسْمَةِ، وَهِيَ تُعْرَفُ بِالحَذْرِ وَالظَّنِّ فَيُؤَدِّي إِلَى التَّحَالُفِ مَعَ الجَهْلِ وَذَلِك لَا يَجُوزُ، إِلَّا أَنْ يَرْضَى البَائِعُ أَنْ يَتْرُكَ حِصَّةَ الهَالِكِ أَصْلًا، لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ الثَّمَنُ كُلُّهُ بِمُقَابَلَةِ القَائِمِ، وَيَخْرُجُ الهَالِكُ عَنْ العَقْدِ فَيَتَحَالَفَانِ. هَذَا تَخْرِيجُ بَعْضِ المَشَايِخِ، وَيُصْرَفُ الِاسْتِثْنَاءُ عِنْدَهُمْ إِلَى التَّحَالُفِ كَمَا ذَكَرْنَا. وَقَالُوا: إِنَّ المُرَادَ مِن قَوْلِهِ فِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: «يَأْخُذُ الحَيَّ وَلَا شَيْءَ لَهُ»، مَعْنَاهُ: لَا يَأْخُذُ مِن ثَمَنِ الهَالِكِ شَيْئًا أَصْلًا. وَقَالَ بَعْضُ المَشَايِخِ: يَأْخُذُ مِن ثَمَنِ الهَالِكِ بِقَدْرِ مَا أَقَرَّ بِهِ المُشْتَرِي، وَإِنَّمَا لَا يَأْخُذُ الزِّيَادَةَ.

وَعَلَى قَوْلِ هَؤُلَاءِ يَنْصَرِفُ الِاسْتِثْنَاءُ إِلَى يَمِينِ المُشْتَرِي لَا إِلَى التَّحَالُفِ، لِأَنَّهُ لَمَّا أَخَذَ البَائِعُ بِقَوْلِ المُشْتَرِي فَقَدْ صَدَّقَهُ فَلَا يَحْلِفُ المُشْتَرِي، ثُمَّ تَفْسِيرُ التَّحَالُفِ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ مَا بَيَّنَّاهُ فِي القَائِمِ ....

قوله: (**ولأنه لا يمكن**) هذا جواب عن قول أبي يوسف.

فإن قيل: يشكل على أبي حنيفة ما لو أقام القصار بعض العمل، ثم اختلفا في مقدار الأجرة، ففي حصة ما أقام العمل القول لرب الثوب مع يمينه، وفي حصة ما بقي يتحالفان بالإجماع؛ اعتبارًا للبعض بالكل، واستيفاء بعض المنفعة بمنزلة هلاك بعض المبيع، فينبغي أن يبقى التحالف عنده.

قلنا: عقد الإجارة في حكم عقود مختلفة يتجدد العقد بحسب ما يقع من العمل، فإن تعذرَ فسخُه في البعض لا يتعذرْ فسخُه [في الباقي](١)، أما عقد البيع في العبدين عقد واحد، فإذا تعذر فسخه في البعض تعذر في الباقي. كذا في المبسوط(٢).

قوله: (**معناه**) إلى آخره، وعلى هذا التقدير ينصرف الاستثناء إلى التحالف.

قوله: (**ما بيّنا في القائم**) أي: في بقاء المبيع كله.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية. (٢) المبسوط للسرخسي (١٥/٩٦).

وَإِذَا حَلَفَا وَلَمْ يَتَّفِقَا عَلَى شَيْءٍ فَادَّعَى أَحَدُهُمَا الفَسْخَ، أَوْ كِلَاهُمَا، يُفْسَخُ العَقْدُ بَيْنَهُمَا، وَيَأْمُرُ القَاضِي المُشْتَرِيَ بِرَدِّ البَاقِي وَقِيمَةِ الهَالِكِ.

وَاخْتَلَفُوا فِي تَفْسِيرِهِ عَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ ـ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى ـ ، وَالصَّحِيحُ: أَنَّهُ يَحْلِفُ المُشْتَرِي بِاللَّهِ مَا اشْتَرَيْتُهُمَا بِمَا يَدَّعِيهِ البَائِعُ، فَإِنْ نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَى البَائِعِ، وَإِنْ حَلَفَ يَحْلِفُ البَائِعُ بِاللَّهِ مَا بِعْتُهُمَا بِالثَّمَنِ الَّذِي يَدَّعِيهِ المُشْتَرِي، فَإِنْ نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَى المُشْتَرِي، وَإِنْ حَلَفَ يَفْسَخَانِ العَقْدَ فِي القَائِمِ، وَتَسْقُطُ حِصَّتُهُ مِن الثَّمَنِ، وَيَلْزَمُ المُشْتَرِي حِصَّةَ الهَالِكِ وَيُعْتَبَرُ قِيمَتُهُمَا فِي الِانْقِسَامِ يَوْمَ القَبْضِ (وَإِنْ

وهو قوله: (وصفة اليمين أن يحلف البائع)[1] إلى آخره، وإنما لم تختلف صفة التحالف عند محمد؛ لأن قيام السلعة ليس بشرط للتحالف، فيتحالفان في الصورتين بصفة واحدة. (**وقيمةِ الهالك**) أي: بِرَدِّ قيمته والقول في قيمته للمشتري؛ لأن البائع يدعي زيادة قيمته، وهو ينكر، فيكون القول له، كما في قيمة المغصوب أو المقبوض بعقد فاسد.

(**واختلفوا في تفسيره**) أي: تفسير التحالف، على قوله.

وقوله: (**والصحيح أن يحلف**) إلى آخره، احتراز عما ذكر بعض المشايخ أنهما يتحالفان على القائم لا غير على [٢/ ٢٥١/أ] مذهبه؛ لأن العقد ينفسخ في القائم لا في الهالك، وهذا ليس بصحيح؛ لأن المشتري لو حلف بالله: ما اشتريت القائم بحصته من الثمن الذي يدعيه البائع يحلف ويكون صادقًا؛ لأن من اشترى ستين بألف إذا حلف أنه ما اشترى أحدهما بألف كان صادقًا، وكذا البائع لو حلف: بالله العظيم ما بعت القائم بحصته من الثمن الذي يدعي المشتري يحلف ويكون صادقًا فيه، فلا يقيد التحالف، فيحلف على الوجه المذكور في الكتاب. كذا في جامع قاضي خان.

ولم يذكر تفسير التحالف على قول أبي حنيفة؛ لأن عنده هلاك البعض يمنع التحالف بهلاك الكل؛ لأن التحالف عرف نصًّا، والنص ورد في حال قيام السلعة، والسلعة اسم للكل، فبهلاك السلعة يفوت الشرط.

قوله: (**ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض**) وبه قال الشافعي في وجه،

---

(١) انظر المتن ص ٧٩١.

اخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ الهَالِكِ يَوْمَ القَبْضِ، فَالقَوْلُ قَوْلُ البَائِعِ، وَأَيُّهُمَا أَقَامَ البَيِّنَةَ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ. وَإِنْ أَقَامَاهَا: فَبَيِّنَةُ البَائِعِ أَوْلَى) وَهُوَ قِيَاسُ مَا ذُكِرَ فِي بُيُوعِ الأَصْلِ (وإذا اشْتَرَى

فإن استويا يجب على المشتري نصف الذي أقر به ويسقط نصفه، فإن اتفقا على أن قيمتهما على التفاوت، فإن كانت قيمة الهالك على نصف قيمة القائم يجب على المشتري ثلث الثمن الذي أقر به، وإن اختلفا في ذلك فقال المشتري: قيمة القائم يوم القبض كانت ألفًا وقيمة الهالك خمسمائة، وقال البائع على العكس - فالقول للبائع؛ لأن البائع ينكر سقوط الزيادة من الثمن، والمشتري يدعي السقوط بعد اتفاقهما على وجوب اليمين، فكان البائع متمسكًا بالأصل. كذا في جامع قاضي خان.

فإن قيل: مسائل الزيادات تدل على اعتبار قيمتهما يوم العقد، حتى قال محمد: قيمة الأم تعتبر يوم العقد، وقيمة الزيادة يوم الزيادة، وقيمة الولد يوم القبض؛ لأن الأم صارت مقصودة بالعقد، والزيادة بالزيادة، والولد بالقبض، وكل واحد من العبدين هنا صار مقصودًا بالعقد، فوجب اعتبار قيمتهما يوم العقد لا يوم القبض.

وفي الفوائد الظهيرية: فهذا إشكال هائل أَوْرَدْتُهُ على كل قَرْمٍ نِحْريرٍ[1] فلم يَهْتَدِ أحد إلى جوابه، ثم قال: والذي تخايل لي بعد طول التَّجَشُّمِ أن فيما ذكر من المسائل لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودًا بالعقد، وفيما نحن فيه تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودًا بالعقد، وهو التحالف، أما في الحي فظاهر، وكذا في الميت؛ لأنه إن تعذر الفسخ في الهالك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم الفسخ في الهالك، وهو اعتبار قيمته يوم القبض؛ لأن الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على تقدير الفسخ، كما هو مذهب محمد حتى قال: يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف، فيجب إعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض، فلهذا يعتبر قيمتها يوم القبض.

(تقبل بينته) لأنه يورد دعواه بالحجة.

---

(١) القَرْم: السيد، والنِّحرير: الحاذق المتقن.

عَبْدَيْنِ وَقَبَضَهُمَا، ثُمَّ رَدَّ أَحَدَهُمَا بِالعَيْبِ وَهَلَكَ الآخَرُ عِنْدَهُ، يَجِبُ عَلَيْهِ ثَمَنُ مَا هَلَكَ عِنْدَهُ وَيَسْقُطُ عَنْهُ ثَمَنُ مَا رَدَّهُ، وَيَنْقَسِمُ الثَّمَنُ عَلَى قِيمَتِهِمَا. فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ الهَالِكِ: فَالقَوْلُ قَوْلُ البَائِعِ) لِأَنَّ الثَّمَنَ قَدْ وَجَبَ بِاتِّفَاقِهِمَا ثُمَّ المُشْتَرِي يَدَّعِي زِيَادَةَ السُّقُوطِ بِنُقْصَانِ قِيمَةِ الهَالِكِ، وَالبَائِعُ يُنْكِرُهُ وَالقَوْلُ: لِلْمُنْكِرِ (وَإِنْ أَقَامَا البَيِّنَةَ، فَبَيِّنَةُ البَائِعِ أَوْلَى) لِأَنَّهَا أَكْثَرُ إِثْبَاتًا ظَاهِرًا لِإِثْبَاتِهَا الزِّيَادَةَ فِي قِيمَةِ الهَالِكِ وَهَذَا لِفِقْهٍ. وَهُوَ أَنَّ فِي الأَيْمَانِ تُعْتَبَرُ الحَقِيقَةُ، لِأَنَّهَا تَتَوَجَّهُ عَلَى أَحَدِ العَاقِدَيْنِ، وَهُمَا يَعْرِفَانِ حَقِيقَةَ الحَالِ، فَبُنِيَ الأَمْرُ عَلَيْهَا وَالبَائِعُ مُنْكِرٌ حَقِيقَةً، فَلِذَا كَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ، وَفِي البَيِّنَاتِ: يُعْتَبَرُ الظَّاهِرُ، لِأَنَّ الشَّاهِدَيْنِ لَا يَعْلَمَانِ حَقِيقَةَ الحَالِ، فَاعْتُبِرَ الظَّاهِرُ فِي حَقِّهِمَا وَالبَائِعُ مُدَّعٍ ظَاهِرًا، فَلِهَذَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ أَيْضًا وَتَتَرَجَّحُ بِالزِّيَادَةِ الظَّاهِرَةِ عَلَى مَا مَرَّ، وَهَذَا يُبَيِّنُ لَك مَعْنَى مَا ذَكَرْنَاهُ مِن قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ.

قوله: (لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك) والبينات للإثبات.

فإن قيل: المشتري يدعي زيادة في قيمة القائم، فوجب أن تقبل بينته لإثباته الزيادة.

قلنا: إن الذي وقع الاختلاف فيه قصدًا قيمةُ الهالك، والاختلاف في قيمة القائم يثبت ضمنًا؛ للاختلاف في قيمة الهالك، وبينة البائع قامت على ما وقع الاختلاف فيه، فكانت أولى بالاعتبار. كذا ذكره المرغيناني وقاضي خان.

(وهذا لفقه) أي: قول أبي يوسف في أن القول للبائع والبينة بينته.

(لأنها) أي: أن الأيمان **(تتوجه على أحد العاقدين)** لا على الوكيل والنائب **(وهما يعرفان حقيقة الحال، فبني الأمر عليها)** أي: على حقيقة الحال **(والبائع منكرٌ حقيقةً)** لأنه ينكر سقوط الزيادة.

(تقبل بينته أيضًا) يعني كما أن الاعتبار في الأيمان ليمين البائع، حتى كان القول قوله، فكذا في البينات، والاعتبار لبينته؛ لكونه أكثر إثباتًا **(وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مرّ)** وهو قوله: (لأنه أكثر إثباتًا ظاهرًا).

(وهذا) أي: ما ذكر في الأصل **(يبين لك صحة ما ذكرنا من قول أبي يوسف)** من تفسيره في التحالف، وتفريعاته التي ذكرت في مسألة الجامع الصغير.

قَالَ: (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً وَقَبَضَهَا، ثُمَّ تَقَايَلَا، ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ: فَإِنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ وَيَعُودُ البَيْعُ الأَوَّلُ) وَنَحْنُ مَا أَثْبَتْنَا التَّحَالُفَ فِيهِ بِالنَّصِّ، لِأَنَّهُ وَرَدَ فِي البَيْعِ المُطْلَقِ، وَالإِقَالَةُ فَسْخٌ فِي حَقِّ المُتَعَاقِدَيْنِ، وَإِنَّمَا أَثْبَتْنَاهُ بِالقِيَاسِ، لِأَنَّ المَسْأَلَةَ مَفْرُوضَةٌ قَبْلَ القَبْضِ، وَالقِيَاسُ يُوَافِقُهُ عَلَى مَا مَرَّ وَلِهَذَا نَقِيسُ الإِجَارَةَ عَلَى البَيْعِ قَبْلَ القَبْضِ، وَالوَارِثَ عَلَى العَاقِدِ، وَالقِيمَةَ عَلَى العَيْنِ ....

وفي جامع صدر الإسلام: والبائع منكر حقيقة فيجب عليه اليمين، والبائع أيضًا يدعي من حيث إنه يدعي زيادة قيمة الهالك، فتكون البينة بينته، وهذا هو الأصل في الدعاوي، فكذا في مسألتنا المشتري يدعي سقوط الزيادة من الثمن، والبائع ينكره، فكان القول له، والبينة بينته أيضًا؛ لما بينا.

قوله: (**من اشترى جارية وقبضها**) ونقد الثمن أيضًا. هكذا ذكر في جامع [٢/ ٢٥١/ ب] قاضي خان.

قوله: (**ويعود البيع الأول**) أراد به إذا تقايلا ولم يسلم الجارية إلى البائع بحكم الإقالة حتى اختلفا في الثمن؛ لأن التحالف قبل القبض موافق للقياس، فيتعدى إلى الإقالة، وفي فصل البيع إذا تحالفا يفسخ العقد، ويعود كل واحد إلى أصل حقه، فكذا في الإقالة، ويعود البيع الأول، معناه: إذا فسخ القاضي الإقالة أو فسخا بأنفسهما؛ لأن الإقالة لا تنفسخ إلا بالفسخ. ذكره صدر الإسلام.

(**ما أثبتنا التحالف فيه**) أي: في التقايل (**بالنص**) هذا جواب سؤال مقدر، وهو أن يقال: ينبغي ألا يجري التحالف في التقايل، كما إذا وقع الاختلاف بينهما بعد قبض البائع المبيعَ بعد الإقالة عندهما، خلافًا لمحمد؛ لثبوت التحالف بين المتبايعين بالسنة، بخلاف القياس، فأجاب عنه بهذا.

قوله: (**لأن المسألة مفروضة**) قبل قبض البائع المبيع بعد الإقالة، فصار التحالف معقولًا، فوجب القياس على المنصوص عليه.

وقوله: (**ولهذا نقيس**) توضيح **لقوله**: (**وإنما أثبتناه بالقياس**) يعني إذا اختلف المؤجر والمستأجر قبل استيفاء المعقود عليه في الأجرة (**والوارثَ على العاقد**) يعني وارث البائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن يجري التحالف بينهما، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

فِيمَا إِذَا اسْتَهْلَكَهُ فِي يَدِ الْبَائِعِ غَيْرُ الْمُشْتَرِي.

قَالَ: (وَلَوْ قَبَضَ الْبَائِعُ الْمَبِيعَ بَعْدَ الْإِقَالَةِ فَلَا تَحَالُفَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ)[*] لِأَنَّهُ يَرَى النَّصَّ مَعْلُولًا بَعْدَ الْقَبْضِ أَيْضًا.

قوله: (**فيما إذا استهلك المشتري**)، هكذا وقع في عامة النسخ، والصواب: (إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري)، وهذه العبارة على حاشية نسخة قوبلت بنسخة المصنف.

أو الصواب: (استُهلِك المُشترَى) بضم التاء على صيغة بناء المفعول، والمُشترَى على صيغة المفعول، أي: نقيس قيمة المُشترَى المستهلك ـ التي وجبت على المستهلك ـ الذي استهلكه في يد البائع.

وفي المبسوط[1]: إذا قتل المبيع قبل القبض في يد البائع فالقيمة هناك واجبة على القاتل، وهي قائمة مقام العين في إمكان فسخ العقد عليها؛ لأن القيمة الواجبة قبل القبض لما ورد عليها القبض المستحق بالعقد كانت في حكم المعقود، يعني إذا اختار المشتري دفع الثمن وأخذ القيمة له ذلك، ثم لو اختلفا في ثمن المشتري يجري التحالف بينهما بالقياس على جريان التحالف عند بقاء العين.

فإن قيل: التحالف في هذه الصورة وقع بالنص؛ لقوله ﷺ: «**إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَان تَحَالَفَا وتَرَادَّا**»[2] فإنه يتناول حال قيام السلعة وحال هلاكها.

وقلنا: لا، بل هي غير منصوص عليه؛ لأن هذا المطلق محمول على المقيد كما مر، فكان المرادُ من هذا المطلقِ المقيدَ، وكذا لفظة الترادِّ دالة على بقاء السلعة.

قوله: (**لأنه**) أي: لأن محمدًا (**يرى النص معلولًا بعد القبض أيضًا**) بالاختلاف في العقد كما مر.

(*) الراجح: قول الشيخين.

(١) المبسوط للسرخسي (١٣/ ٣٢).

(٢) قال ابن حجر: أما رواية التحالف فاعترف الرافعي في التذنيب أنه لا ذكر لها في شيء من كتب الحديث، وإنما توجد في كتب الفقه. التلخيص الحبير (٣/ ٨٤).

قَالَ: (وَمَنْ أَسْلَمَ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ فِي كُرِّ حِنْطَةٍ، ثُمَّ تَقَايَلَا، ثُمَّ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ، فَالقَوْلُ قَوْلُ المُسَلَّمِ إِلَيْهِ وَلَا يَعُودُ السَّلَمُ) لِأَنَّ الإِقَالَةَ فِي بَابِ السَّلَمِ لَا تَحْتَمِلُ النَّقْضَ، لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ فَلَا يَعُودُ السَّلَمُ، بِخِلَافِ الإِقَالَةِ فِي البَيْعِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ رَأْسَ مَالِ السَّلَمِ لَوْ كَانَ عَرَضًا فَرَدَّهُ بِالعَيْبِ وَهَلَكَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَى رَبِّ السَّلَمِ لَا يَعُودُ السَّلَمُ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ فِي بَيْعِ العَيْنِ يَعُودُ البَيْعُ دَلَّ عَلَى الفَرْقِ بَيْنَهُمَا.

قوله: (فالقول قول المسلم إليه) مع يمينه (لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقض) إذ الفسخ يعني التحالف لا يجري في باب السلم، فالقول للمسلم إليه مع يمينه؛ لأن رب السلم يدعي عليه زيادة، وهو ينكر، ولا يتحالفان، ولا يعود السلم، بخلاف البيع، والفرق أن المقصود من التحالف فسخ العقد، حتى يعود كل واحد منهما إلى رأس ماله، وإليه إشارة النبوية بقوله: «**تحالفا وترادا**»، والتحالف في الإقالة في السلم لا يفيد هذا المقصود؛ لأن الإقالة في السلم بعدها لا تحتمل الفسخ بسائر أسباب الفسخ، فإنهما لو قالا: نقضنا الإقالة لا ينتقض، فلا يحتمل الفسخ أيضًا بالتحالف، وهذا لأن ما تناوله عقد الإقالة قائم حقيقة، فيمكن تصحيح الفسخ باعتبار المعقود عليه، فيعود إلى ملك المشتري إذا انفسخت الإقالة؛ لأن ملك العين مما يحتمل العود.

(ألا ترى أن رأس المال لو كان عرضًا) فقبضه المسلم إليه (ثم رده بالعيب) أي: حكم القاضي به (وهلك قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم) بخلاف البيع، فإنه لو اشترى عرضًا فرده بعيب ولم يسلم إلى البائع حتى هلك في يده يبطل الرد، فيعود البيع، والفقه فيه: أن المسلم فيه سقط بالإقالة، فلو انفسخت الإقالة كان حكم انفساخها عود المسلم فيه، والساقط لا يعود، ولو تصور لا يعود برأس المال؛ لأنه دين، أما الإقالة في البيع حكمها عود المبيع إلى البائع، فإذا انفسخت الإقالة يعود إلى ملك المشتري، وملك العين مما يحتمل العود. كذا ذكره قاضي خان.

فإن قيل: الإقالة في بيع العين فسخٌ في حق المتعاقدين، بيعٌ في حق غيرهما، والتحالف حقهما، بدليل أنهما لو تركا تركا، وإذا كانت فسخًا في حق التحالف وجب ألا يتحالفا؛ [٢/ ٢٥٢/أ] لأن التحالف يثبت في العقود لا في الفسخ، ولهذا لو حصل الفسخ بخيار الرؤية أو الشرط أو الرد بالعيب بالقضاء، والثمن منقود، ثم اختلفا في مقداره لم يجز التحالف.

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي المَهْرِ فَادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا بِأَلْفٍ، وَقَالَتْ: تَزَوَّجَنِي بِأَلْفَيْنِ، فَأَيُّهُمَا أَقَامَ البَيِّنَةَ تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ) لِأَنَّهُ نَوَّرَ دَعْوَاهُ بِالحُجَّةِ.

(وَإِنْ أَقَامَا البَيِّنَةَ فَالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المَرْأَةِ) لِأَنَّهَا تُثْبِتُ الزِّيَادَةَ، مَعْنَاهُ: إِذَا كَانَ مَهْرُ مِثْلِهَا أَقَلَّ مِمَّا ادَّعَتْهُ ....

قلنا: الإقالة فسخ فيما بينهما فيما كان من حقوق العقد الذي وقعت عنه كما قلنا في القبض، فإنه من حقوق البيع؛ لأنه وجب لإتمامه، أما التحالف ليست من ذلك الحقوق الذي وقعت الإقالة عنه؛ لأنه لا يجب بالبيع؛ لأن شرعيته لنقضه لا لإتمامه، بخلاف ما إذا كان الرد بخيار الشرط والرؤية؛ لأنه تعذر اعتباره بيعًا في حق الثالث؛ لانتفاء الرضا، وكذا الرد بقضاء.

فإن قيل: ما الفرق لمحمد بين إقالة السلم وبين ما إذا هلكت السلعة، ثم اختلفا في مقدار الثمن، فإنهما يتحالفان، [ولا يتحالفان][1] في إقالة السلم وإن فات المعقود عليه في الفصلين؟

قلنا: الإقالة في السلم قبل قبض المسلم فيه فسخ من كل وجه على ما ذكرنا، والتحالف بعد هلاك السلعة يجري في البيع لا في الفسخ. كذا في الفوائد الظهيرية.

قوله: (**فأيهما أقام البينة تقبل**) أما قبول بينة المرأة فظاهر؛ لأنها [تدعي][2] الألفين، والإشكال إنما يرد على قبول بينة الزوج؛ لأنه منكر لزيادة ما أقر، فكان عليه اليمين لا البينة، فكيف تقبل بينته؟

قلنا: هو مدعٍ صورةً؛ لأنه يدعي على المرأة تسليم نفسها بأداء ما أقر به من المهر، وهي تنكر، والدعوى صورة كافية لقبول البينة، كما في دعوى المودع رد الوديعة. كذا ذكره قاضي خان.

قوله: (**أقل مما ادعته**) لأنه إذا كان مثل ما ادعته أو أكبر فبينة الزوج أولى؛ لأنها تثبت الحط[3]، وبينتها لا تثبت شيئًا؛ لأن ما ادعته ثابت بشهادة مهر المثل. إليه أشار الإمام قاضي خان.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) في النسخة الثانية: (الحفظ).

(وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ تَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا يُفْسَخُ النِّكَاحُ) لِأَنَّ أَثَرَ التَّحَالُفِ فِي انْعِدَامِ التَّسْمِيَةِ، وَأَنَّهُ لَا يُخِلُّ بِصِحَّةِ النِّكَاحِ، لِأَنَّ المَهْرَ تَابِعٌ فِيهِ، بِخِلَافِ البَيْعِ يُحكَّمُ لِأَنَّ عَدَمَ التَّسْمِيَةِ يُفْسِدُهُ عَلَى مَا مَرَّ فَيُفْسَخُ، (وَلَكِنْ يَحْكُمُ مَهْرُ المِثْلِ، فَإِنْ كَانَ مِثْلَ مَا اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ، أَوْ أَقَلَّ، قَضَى بِمَا قَالَ الزَّوْجُ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ (وَإِنْ كَانَ مِثْلَ مَا ادَّعَتْهُ المَرْأَةُ، أَوْ أَكْثَرَ قَضَى بِمَا ادَّعَتْهُ المَرْأَةُ، وَإِنْ كَانَ مَهْرُ المِثْلِ أَكْثَرَ مِمَّا اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ وَأَقَلَّ مِمَّا ادَّعَتْهُ المَرْأَةُ: قَضَى لَهَا بِمَهْرِ المِثْلِ) لِأَنَّهُمَا لَمَّا تَحَالَفَا لَمْ تَثْبُتْ الزِّيَادَةُ عَلَى مَهْرِ المِثْلِ وَلَا الحَطُّ عَنْهُ.

(تحالفا عند أبي حنيفة).

فإن قيل: التحالف يثبت بالنص في البيع، والنكاح ليس في معناه، وهو ظاهر، فكيف يلحق بالبيع؟ ولأن المقصودَ من التحالفِ الفسخُ، فيجري فيما يقبل الفسخ، والنكاح لا يحتمل الفسخ، فيجب ألا نشرع التحالف فيه؛ لعدم حكمه.

قلنا: ورود التحالف في البيع باعتبار أن كل واحد من المتعاقدين مدع ومنكر، ولم يمكن ترجيح أحدهما في الدعوى والإنكار، ولهذا قبلت بينتهما ويمينهما، وهذا المعنى موجود في النكاح أيضًا، فيلحق به دلالة، أو بقوله: «البَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[1] إذ كل واحد منهما مدع ومنكر.

وأما الثاني، وهو أن الفسخ حكم التحالف، والفسخ ليس بثابت هاهنا، فجوابه مذكور في الكتاب، وإيضاح ذلك هو أن التحالف إنما وجب الفسخ في البيع؛ لأنه لما تعذر إثبات دعوى كل واحد بسبب يمين الآخر لزم إخلاء العقد عن البدل والمبدل، وإذا خلا فسد، أما النكاح إذا خلا عن العوض لا يفسد، كما لو لم يذكر التسمية، فافترقا. إليه أشار في الفوائد الظهيرية، وقد مرَّ أيضًا.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٨/ ١٢٣ رقم ١٦٨٨٢) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ قال: «الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ إِلَّا فِي الْقَسَامَةِ».
والترمذي (٣/ ١٩ رقم ١٣٤١) بلفظ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ».
قال الترمذي: هذا حديث في إسناده مقال، ومحمد بن عبيد الله العرزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه، ضعفه ابن المبارك وغيره.
وأخرج البخاري (٣/ ١٤٣ رقم ٢٥١٤)، ومسلم (٣/ ١٣٣٦ رقم ١٧١١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بِالْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ.

قَالَ رَحِمَهُ اللهُ: ذَكَرَ التَّحَالُفَ أَوَّلًا ثُمَّ التَّحْكِيمَ، وَهَذَا قَوْلُ الكَرْخِيِّ رَحِمَهُ اللهُ لِأَنَّ مَهْرَ المِثْلِ لَا اعْتِبَارَ لَهُ مَعَ وُجودِ التَّسْمِيَةِ وَسُقُوطِ اعْتِبَارِهَا بِالتَّحَالُفِ، وَلِهَذَا يُقَدَّمُ فِي الوُجُوهِ كُلِّهَا، وَيَبْدَأُ بِيَمِينِ الزَّوْجِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ تَعْجِيلًا لِفَائِدَةِ النُّكُولِ كَمَا فِي المُشْتَرِي، وَتَخْرِيجُ الرَّازِيِّ بِخِلَافِهِ وَقَدْ اسْتَقْصَيْنَاهُ فِي النِّكَاحِ وَذَكَرْنَا خِلَافَ أَبِي يُوسُفَ فَلَا نُعِيدُهُ(*) (وَلَوْ ادَّعَى الزَّوْجُ النِّكَاحَ عَلَى هَذَا العَبْدِ، وَالمَرْأَةُ تَدَّعِيهِ عَلَى هَذِهِ الجَارِيَةِ، فَهُوَ كَالمَسْأَلَةِ المُتَقَدِّمَةِ، إلَّا أَنَّ قِيمَةَ الجَارِيَةِ إذَا كَانَتْ مِثْلَ مَهْرِ المِثْلِ يَكُونُ لَهَا قِيمَتُهَا دُونَ عَيْنِهَا) لِأَنَّ تَمَلُّكَهَا لَا يَكُونُ إلَّا بِالتَّرَاضِي، وَلَمْ يُوجَدْ، فَوَجَبَتْ القِيمَةُ (وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الإِجَارَةِ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا) مَعْنَاهُ، اخْتَلَفَا فِي البَدَلِ، أَوْ فِي المُبْدَلِ، لِأَنَّ التَّحَالُفَ فِي البَيْعِ قَبْلَ القَبْضِ عَلَى

قوله: (**فلهذا يقدم**) أي: التحالف يقدم (**في الوجوه كلها**) فيما إذا كان مهر المثل أقل أو أكثر أو مثل ما اعترف به الزوج.

قوله: (**ويبدأ بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد**) وبه قال الشافعي (**تعجيلًا لفائدة النكول**) فإن أول التسليمين عليه، فيكون أول اليمينين عليه. كذا في الفوائد الظهيرية.

(**وتخريج الرازي بخلافه**) يعني تقديم التحالف في هذه الوجوه قول الكرخي؛ لأنهما اتفقا على أصل التسمية، فكانت التسمية وصحة التسمية تمنع المصير إلى مهر المثل، وإذا حلفا تعذر الحكم بصحة التسمية فصارت كأن لم تكن، فيحكم مهر المثل، وعند الرازي التحالف في وجه واحد، وهو كما إذا لم يكن مهر المثل شاهدًا لأحدهما، وقد مرَّ في النكاح.

(**يكون لها**) أي: للمرأة (**قيمتها**) أي: قيمة الجارية بعد التحالف.

قوله: (**معناه اختلفا في البدل**) وهو الأجرة (**أو في المبدل**) وهو المنافع، وهذا احتراز عن اختلافهما في الأصل، فإنه لا يجرى التحالف بينهما؛ بل القول فيه قول منكر الزيادة.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

وفَاقِ القِيَاسِ عَلَى مَا مَرَّ، وَالإِجَارَةُ قَبْلَ القَبْضِ المَنْفَعَةُ نَظِيرُ البَيْعِ قَبْلَ قَبْضِ المَبِيعِ وَكَلَامُنَا قَبْلَ اسْتِيفَاءِ المَنْفَعَةِ (فَإِنْ وَقَعَ الِاخْتِلَافُ فِي الْأُجْرَةِ يَبْدَأُ بِيَمِينِ الْمُسْتَأْجِرِ) لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ لِوُجُوبِ الأُجْرَةِ (وَإِنْ وَقَعَ فِي المَنْفَعَةِ يَبْدَأُ بِيَمِينِ المُؤَجِّرِ، وَأَيُّهُمَا نَكَلَ لَزِمَهُ دَعْوَى صَاحِبِهِ، وَأَيُّهُمَا أَقَامَ البَيِّنَةَ قُبِلَتْ، وَلَوْ أَقَامَاهَا: فَبَيِّنَةُ المُؤَجِّرِ أَوْلَى إِنْ كَانَ الِاخْتِلَافُ فِي الأُجْرَةِ، وَإِنْ كَانَ فِي المَنَافِعِ فَبَيِّنَةُ المُسْتَأْجِرِ أَوْلَى، وَإِنْ كَانَ فِيهِمَا: قُبِلَتْ بَيِّنَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا فِيمَا يَدَّعِيهِ مِن الفَضْلِ) نَحو: أَنْ يَدَّعِيَ هَذَا شَهْرًا بِعَشَرَةٍ، وَالمُسْتَأْجِرُ شَهْرَيْنِ بِخَمْسَةٍ، يَقْضِي بِشَهْرَيْنِ بِعَشَرَةٍ.

قَالَ: (وَإِنْ اخْتَلَفَا بَعْدَ الِاسْتِيفَاءِ. لَمْ يَتَحَالَفَا، وَكَانَ القَوْلُ قَوْلَ المُسْتَأْجِرِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ظَاهِرٌ، لِأَنَّ هَلَاكَ المَعْقُودِ عَلَيْهِ يَمْنَعُ التَّحَالُفَ عِنْدَهُمَا، وَكَذَا عَلَى أَصْلِ مُحَمَّدٍ، لِأَنَّ الهَلَاكَ إِنَّمَا لَا يُمْنَعُ عِنْدَهُ فِي المَبِيعِ، لِمَا أَنَّ لَهُ قِيمَةً تَقُومُ مَقَامَهُ فَيَتَحَالَفَانِ عَلَيْهَا، وَلَوْ جَرَى التَّحَالُفُ هَاهُنَا وَفُسِخَ العَقْدُ فَلَا قِيمَةَ، لِأَنَّ المَنَافِعَ لَا تَتَقَوَّمُ بِنَفْسِهَا بَلْ بِالعَقْدِ، وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا عَقْدَ. وَإِذَا امْتَنَعَ: فَالقَوْلُ

وقوله: (**على ما مرَّ**) إشارة إلى قوله في أول الباب: (أن البائع يدعي زيادة الثمن) إلى آخره.

قوله: (**نظير البيع قبل قبض المبيع**) فألحقت الإجارة به.

فإن قيل: قيام المعقود عليه شرط، والمنفعة معدومة.

قلنا: الدار أقيمت مُقامَ المنفعة في حق إيراد العقد عليها، فكأنها قائمة تقديرًا.

قوله: (**وتبين أنه لا عقد**) إذ بالفسخ ارتفع العقد عن الأصل.

وفي [٢/ ٢٥٢/ ب] المبسوط[(١)]: ومحمد فرق بين هذا وبين البيع، وقال: التحالف هناك مفيد؛ لأن المبيع عين مال متقوم بنفسه، فيمكن إيجاب قيمته بعد فسخ العقد بالتحالف، أما المنافع فلا تقوم إلا بالعقد، وقد انفسخ العقد من الأصل، فلا يمكن إيجاب شيء، فكان جَعْلُ القولِ لربِّ الثوب مع يمينه أنفعَ للقَصَّار، فلا يصار إلى التحالف.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٥/ ٩٥).

لِلْمُسْتَأْجِرِ مَعَ يَمِينِهِ، لِأَنَّهُ هُوَ الْمُسْتَحِقُّ عَلَيْهِ (وَإِنْ اخْتَلَفَا بَعْدَ اسْتِيفَاءِ بَعْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ تَحَالَفَا وَفُسِخَ الْعَقْدُ فِيمَا بَقِيَ وَكَانَ الْقَوْلُ فِي الْمَاضِي قَوْلَ الْمُسْتَأْجِرِ) لِأَنَّ الْعَقْدَ يَنْعَقِدُ سَاعَةً فَسَاعَةً فَيَصِيرُ فِي كُلِّ جُزْءٍ مِن الْمَنْفَعَةِ كَأَنَّ ابْتِدَاءَ الْعَقْدِ عَلَيْهَا، بِخِلَافِ الْبَيْعِ، لِأَنَّ الْعَقْدَ فِيهِ دَفْعَةٌ وَاحِدَةٌ، فَإِذَا تَعَذَّرَ فِي الْبَعْضِ تَعَذَّرَ فِي الْكُلِّ.

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ الْمَوْلَى وَالْمُكَاتَبُ فِي مَالِ الْكِتَابَةِ، لَمْ يَتَحَالَفَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: يَتَحَالَفَانِ، وَتُفْسَخُ الْكِتَابَةُ)(*) وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ يَقْبَلُ الْفَسْخَ فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ، وَالْجَامِعُ: أَنَّ الْمَوْلَى يَدَّعِي بَدَلًا زَائِدًا يُنْكِرُهُ الْعَبْدُ، وَالْعَبْدُ يَدَّعِي اسْتِحْقَاقَ الْعِتْقِ عَلَيْهِ عِنْدَ أَدَاءِ الْقَدْرِ الَّذِي يَدَّعِيهِ، وَالْمَوْلَى يُنْكِرُهُ، فَيَتَحَالَفَانِ كَمَا إذَا اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الْبَدَلَ مُقَابَلٌ بِفَكِّ الْحَجْرِ فِي حَقِّ الْيَدِ وَالتَّصَرُّفِ لِلْحَالِ وَهُوَ سَالِمٌ لِلْعَبْدِ وَإِنَّمَا يَنْقَلِبُ مُقَابَلًا بِالْعِتْقِ عِنْدَ الْأَدَاءِ فَقَبْلَهُ لَا مُقَابَلَةَ فَبَقِيَ اخْتِلَافًا فِي قَدْرِ الْبَدَلِ لَا غَيْرُ فَلَا يَتَحَالَفَانِ.

قوله: (بخلاف البيع) يعني إذا هلك بعض المبيع؛ لأن كل جزء ليس بمعقود عليه عقدًا مبتدأً؛ بل الجملة معقودة بعقد واحد، فإذا تعذر الفسخ في بعضه بالهلاك تعذر في الكل ضرورةً.

قوله: (لم يتحالفا عند أبي حنيفة) القول للعبد مع يمينه.

(وهو سالم للعبد) أي: التصرف في الحال سالم للعبد؛ لاتفاقهما على ثبوت الكتابة، [فلا][1] يكون العبد مدعيًا، بل يكون منكرًا لما يدعيه المولى من الزيادة فحسب.

وفي المبسوط[2]: حكم التحالف في البيع ثبت نصًّا بخلاف القياس، فلا يلحق به ما ليس في معناه، والكتابة ليست في معنى البيع من حيث الصورة، فإن البيع شرع للاسترباح، وبني على المماكسة، والكتابة للإرفاق مبنية على التوسع، ومن حيث المعنى؛ لأن الكتابة بعد تمامها بأداء البدل لا تحتمل

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٢) المبسوط للسرخسي (٧/ ١٦٩).

قَالَ: (وَإِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي مَتَاعِ البَيْتِ، فَمَا يَصْلُحُ لِلرِّجَالِ فَهُوَ لِلرَّجُلِ

الفسخ، بخلاف البيع، وفي الحال موجبها إثبات صفة المالكية يدًا في المنافع، فما مضى منه قائم[1] لا يتحقق رده، فلو ألحق بالبيع بالمشاركة في بعض الأوصاف كان قياسًا، ولا يقاس على ما يثبت بخلاف القياس.

يوضحه: أن التحالف في المعاوضات عند تَجاحُدِ الحقوق اللازمة من الجانبين، وبدل الكتابة ليس بلازم على العبد؛ لقدرته على تعجيز نفسه، فيدفعه عن نفسه، ولهذا لا تصح الكفالة به، والكفالة ليست بمعاوضة حقيقةً؛ إذ البدل الذي من جانب العبد مملوك للمولى رقبةً، فلا يصح إلحاقه بالبيع، فيكون القول للعبد مع يمينه؛ لإنكاره الزيادة، والبينة بينة المولى؛ لإثباته الزيادة، إلا أنه إذا أدى مقدار ما أقام البينة عليه يعتق؛ لأنه أثبت الحرية لنفسه عند أداء هذا المقدار، فوجب قبول بينته على ذلك، بمنزلة ما لو كاتبه على ألف درهم على أنه متى أدى خمسمائة عتق، وهذا لأنه لا يبعد أن يكون عليه بدل الكتابة بعد عتقه، كما لو أدى الكتابة بمال مستحق يعتق وبدل الكتابة عليه.

قوله: (فهو للرجل) أي: مع اليمين، وكذا في جانب المرأة. ذكره قاضي خان.

قال التمرتاشي: ما يصلح للنساء فهو لها مع اليمين، إلا أن يكون الرجل صانعًا وله أساور وخواتيم النساء وحلي وخلخال وأمثال ذلك، فحينئذ لا يكون مثل هذه الأشياء، وكذا لو كانت المرأة تبيع ثياب الرجال كالعمامة والقوس والدرع والمِنطَقة، وما يصلح للنساء كالدرع والخمار والملحفة، وما يصلح لهما كالآنية والذهب والفضة والأمتعة والعقار والمواشي.

ثم اعلم أن في هذه المسألة للعلماء أقاويلَ، وقول علمائنا ما ذكر في الكتاب، وقال الشافعي وزفر وعثمان البتي وأصحاب الظاهر: المتاع كله ما يصلح له أو لها، أو المشكل فهو بينهما بعد التحالف، وكذا في يد ورثتهما، ولا فرق بين أن يكون في يدهما مشاهدةً، أو في يدهما الحكمية، بأن يكون في

---

(١) في الأصل: (فائت)، والمثبت من النسخة الثانية.

كَالعِمَامَةِ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ (وَمَا يَصْلُحُ لِلنِّسَاءِ فَهُوَ لِلْمَرْأَةِ كَالوِقَايَةِ) لِشَهَادَةِ الظَّاهِرِ لَهَا (وَمَا يَصْلُحُ لَهُمَا كَالآنِيَةِ فَهُوَ لِلرَّجُلِ) لِأَنَّ المَرْأَةَ وَمَا فِي يَدِهَا فِي يَدِ الزَّوْجِ، وَالقَوْلُ فِي الدَّعَاوَى لِصَاحِبِ اليَدِ، بِخِلَافِ مَا يَخْتَصُّ بِهَا، لِأَنَّهُ يُعَارِضُهُ ظَاهِرٌ أَقْوَى مِنهُ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إذَا كَانَ الِاخْتِلَافُ فِي حَالِ قِيَامِ النِّكَاحِ أَوْ بَعْدَمَا وَقَعَتْ الفُرْقَةُ.

(فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا وَاخْتَلَفَتْ وَرَثَتُهُ مَعَ الآخَرِ: فَمَا يَصْلُحُ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ فَهُوَ لِلْبَاقِي مِنهُمَا) لِأَنَّ اليَدَ لِلْحَيِّ دُونَ المَيِّتِ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ.

منزلهما لاستوائهما في الدعوى واليد، ألا ترى أن إسكافًا وعطارًا يرثان آلات الأساكفة والعطارين، وهي في أيديهما تكون بينهما نصفين إجماعًا، لا ينظر إلى ما يصلح لكل واحد؛ إذ الإنسان قد يتخذ شيئًا للاستعمال، وقد يتخذه للتجارة، فكذا هذا.

وقال أحمد وابن أبي ليلى والثوري: ما يصلح له فهو له مع يمينه، وما يصلح لها فهو لها مع يمينها، والمشكل بينهما نصفين بعد التحالف، وقال مالك: ما يصلح له فهو له، وما يصلح لها فهو لها، والمشكل للرجل سواء كان في يدهما مشاهدة أو حكمية.

وقال ابن شبرمة: الكل للرجل إلا ما على المرأة من ثياب بدنها، وقال الحسن البصري: إن كان البيت لها فالكل لها مع يمينها إلا ما على الرجل من ثياب بدنه، وإن كان البيت له فالكل له؛ لأن البيت وما فيه في يده.

(**لأنه**) أي: لأن ظاهر اليد (**يعارضه ظاهر أقوى منه**) وهو يد الاستعمال، فكان القول لها، كرجلين اختلفا في ثوب أحدهما لابسه، والآخر يتعلق بكمه، فإن اللابس أولى، بخلاف الأساكفة والعطارين حيث لم يشاهد استعمالها، وشهدنا كون الآلات في أيديهما على السواء، فجعل بينهما نصفين. كذا في المبسوط(١).

(**وهذا الذي ذكرنا**) أي: المجموع الذي ذكرنا من أول المسألة إلى آخرها [٢/ ٢٥٣/أ] (**قول أبي حنيفة**)، وقال أبو يوسف: يدفع إلى المرأة في المشكل،

---

(١) المبسوط للسرخسي (٥/ ٢١٤).

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَدْفَعُ إِلَى الْمَرْأَةِ مَا يُجَهَّزُ بِهِ مِثْلُهَا، وَالْبَاقِي لِلزَّوْجِ مَعَ يَمِينِهِ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْمَرْأَةَ تَأْتِي بِالْجِهَازِ وَهَذَا أَقْوَى، فَيَبْطُلُ بِهِ ظَاهِرُ يَدِ الزَّوْجِ، ثُمَّ فِي الْبَاقِي لَا مُعَارِضَ لِظَاهِرِ فَيُعْتَبَرُ (وَالطَّلَاقُ وَالْمَوْتُ سَوَاءٌ) لِقِيَامِ الْوَرَثَةِ مَقَامَ مُوَرِّثِهِمْ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ: وَمَا كَانَ لِلرِّجَالِ فَهُوَ لِلرَّجُلِ، وَمَا كَانَ لِلنِّسَاءِ فَهُوَ لِلْمَرْأَةِ، وَمَا يَكُونُ لَهُمَا فَهُوَ لِلرَّجُلِ أَوْ لِوَرَثَتِهِ)(*) لِمَا قُلْنَا لِأَبِي حَنِيفَةَ (وَالطَّلَاقُ وَالْمَوْتُ سَوَاءٌ) لِقِيَامِ الْوَارِثِ مَقَامَ الْمُوَرِّثِ (وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مَمْلُوكًا فَالْمَتَاعُ لِلْحُرِّ فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ) لِأَنَّ يَدَ الْحُرِّ أَقْوَى (وَلِلْحَيِّ بَعْدَ الْمَمَاتِ) لِأَنَّهُ لَا يَدَ لِلْمَيِّتِ فَخَلَتْ يَدُ الْحَيِّ عَنْ

وأما فيما يختص به كل واحد فهو له، كقولهما من غير اعتبار جهاز مثلها. هكذا ذكر في المبسوط.

وفي شروح الجامع الصغير: وفي لفظ الكتاب نوع تخليط، حيث لم يذكر قول أبي يوسف، هذا فيما ذكر قولهما في حق المشكل، وكان من حقه أن يقول: وما يصلح لهما له، وقال أبو يوسف: يدفع إلى المرأة ما يُجَهَّز به مثلُها؛ لأن الظاهر أنها لا تزف إلا مع جهاز مثلها، فصارت أولى بذلك القدر، والباقي للرجل؛ لقوة يده على يدها؛ لأنه قوام عليها.

قوله: (لما قلنا لأبي حنيفة) أي: في دليل أبي حنيفة.

وفي الفوائد: قال محمد: ورثة الزوج يقومون مقام الزوج؛ لأنهم خلفاؤه في ماله، فكما أن المشكل له مع يمينه في حياته، فكذا كان القول لورثته، وأبو حنيفة يقول: يد الباقي منهما أسبق من يد الورثة؛ لأن يدهم إنما تثبت بعد موته، فكما يقع الترجيح بقوة اليد نظرًا إلى صلاحية الاستعمال، فكذا يقع الترجيح لسبق اليد، ولأن يد الباقي يد نفسه، ويد الوارث خلف عن الميت، فهذا نوع من الترجيح، فكان الباقي أولى بالمشكل.

قوله: (وللحي بعد الممات) سواء كان الحي حرًّا أو مملوكًا، هكذا ذكره في عامة نسخ شروح الجامع الصغير، ولكن ذكر فخر الإسلام وشمس الأئمة في شرح الجامع الصغير: لو كان أحدهما حرًّا والآخر مملوكًا فالمتاع للحر منهما، وكذا إن مات أحدهما كان المتاع للحر منهما، ثم قال: وما وقع في بعض

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

الْمُعَارِضِ (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ فِي التِّجَارَةِ وَالْمُكَاتَبُ بِمَنْزِلَةِ الْحُرِّ)(*) لِأَنَّ لَهُمَا يَدًا مُعْتَبَرَةً فِي الْخُصُومَاتِ.

فَصْلٌ فِيمَنْ لَا يَكُونُ خَصْمًا

(وَإِنْ قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ: هَذَا الشَّيْءُ أَوْدَعَنِيهِ فُلَانٌ الْغَائِبُ، أَوْ رَهَنَهُ عِنْدِي، أَوْ غَصَبْتُهُ مِنْهُ، وَأَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى ذَلِكَ، فَلَا خُصُومَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُدَّعِي) وَكَذَا إذَا قَالَ: آجَرَنِيهِ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ، لِأَنَّهُ أَثْبَتَ بِبَيِّنَتِهِ أَنَّ يَدَهُ لَيْسَتْ بِيَدِ خُصُومَةٍ.

وَقَالَ ابْنُ شُبْرُمَةَ: لَا تَنْدَفِعُ الْخُصُومَةُ، لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ إِثْبَاتُ الْمِلْكِ لِلْغَائِبِ لِعَدَمِ الْخَصْمِ عَنْهُ وَدَفْعِ الْخُصُومَةِ بِنَاءً عَلَيْهِ. قُلْنَا: مُقْتَضَى الْبَيِّنَةِ شَيْئَانِ: ثُبُوتُ الْمِلْكِ

النسخ (للحي منهما) سهو، وفي رواية محمد والزعفراني: للحر، بالراء.

وذكر في [المختصر السراجي السعيد](١): ولو كان أحدهما مملوكًا، واختلفا بعد الفرقة في الأمتعة المشكلة فالقول للحر؛ لقوة يده عند أبي حنيفة، وعندهما سواء.

وذكر في جامع البزدوي: المتاع للحر منهما غيرَ مقيدة بالمشكل، وصرح به في مختلف الفقيه والأقضية أن المتاع كله للحر عنده، وعندهما على التفاصيل التي عرفت فيما إذا كانا حرين، وقيد بالمأذون؛ لأن المحجور لا يد له، فالمتاع كله للحر بالاتفاق.

فَصْلٌ فِيمَنْ لَا يَكُونُ خَصْمًا

لمَّا ذكر أحكام مَن يكون خصمًا، ذكر في هذا الفصل أحكام من لا يكون خصمًا؛ إذْ بضدها تتبين الأشياء.

قوله: (**فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا**) لا خصومة (**إذا قال: آجَرَنِيهِ**) أو أعارنيه (**وأقام البينة**) وبه قال مالك وأحمد والشافعي في الأظهر.

وقال ابن شبرمة: لا يندفع به، وبه قال الشافعي في المنصوص، وعن بعض أصحابه لو قال: آجرنيه، وأقام بينة تسمع بينته.

قوله: (**ودفع الخصومة بناء عليه**) أي: على ثبوت الملك للغير، ولم يثبت؛

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) في الأصل: (الحصر السراجي للسعدي) وفي الثانية: (للسعيدي) وما أثبتناه من البناية (٩/ ٣٧٥).

لِلْغَائِبِ وَلَا خَصْمَ فِيهِ فَلَمْ يَثْبُتْ، وَدَفْعُ خُصُومَةِ الْمُدَّعِي وَهُوَ خَصْمٌ فِيهِ فَيَثْبُتُ وَهُوَ كَالوَكِيلِ بِنَقْلِ المَرْأَةِ وَإِقَامَتِهَا البَيِّنَةَ عَلَى الطَّلَاقِ كَمَا بَيَّنَّاهُ مِن قَبْلُ، وَلَا تَنْدَفِعُ بِدُونِ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ كَمَا قَالَهُ ابْنُ أَبِي لَيْلَى، لِأَنَّهُ صَارَ خَصْمًا بِظَاهِرِ يَدِهِ، فَهُوَ بِإِقْرَارِهِ يُرِيدُ أَنْ يُحَوِّلَ حَقًّا مُسْتَحَقًّا عَلَى نَفْسِهِ فَلَا يَصْدُقُ إِلَّا بِالحُجَّةِ، كَمَا إِذَا ادَّعَى تَحَوُّلَ الدَّيْنِ مِن ذِمَّتِهِ إِلَى ذِمَّةِ غَيْرِهِ.

(وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ: إِنْ كَانَ الرَّجُلُ صَالِحًا فَالجَوَابُ كَمَا قُلْنَاهُ، وَإِنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِالحِيَلِ، لَا تَنْدَفِعُ عَنْهُ الخُصُومَةُ)(*)، لِأَنَّ المُحْتَالَ مِن النَّاسِ قَدْ يَدْفَعُ مَالَهُ

لأن المدعى عليه ليس بخصم في إثبات الملك للغائب؛ إذْ لا ولاية لأحدٍ على غيره في إدخال شيء في ملكه بلا رضاه، وخروجه من الخصومة يثبت في ضمن إثبات الملك للغائب، ولم يثبت، فلا يثبت ما في ضمنه.

قوله: (وهو خصم فيه) لأن مقصود ذي اليد إثبات أن يده يد حفظ لا يد خصومة، ولا إثبات الملك للغائب، وفيما هو المقصود المدعي خصم له فيه، فتقبل بينته، وتثبت يد الحفظ.

قوله: (كما قال ابن أبي ليلى) فإن عنده يخرج من الخصومة بمجرد الدَّعوى بغير بينة؛ لأنه لا تهمة فيما يقر به على نفسه، فيثبت ما أقر به بمجرد إقراره، وتبين أن يده يد حفظ لا يد خصومة.

وقوله: **(لأنه صار خصمًا)** دليلنا، يعني توجهت الخصومة عليه **(بظاهر يده)** ولهذا كان للقاضي إحضاره وتكليفه بالجواب، فهو بهذا الدعوى يريد إبطال الخصومة المتوجهة عليه، فلا يصدق إلا بحجة، كما لا يصدق المدعي في دَعْوى الملك إلا بحجة، وكما في تحويل الدين من ذمته إلى ذمة غيره.

قوله: (وإن كان معروفًا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة) ورجع إليه حين ابتلي بالقضاء وعرف أحوال الناس، فقال المحتال من الناس: يأخذ مال إنسان غصبًا ثم يدفعه سرًّا إلى من يريد السفر حتى يودعه بشهادة الشهود، حتى إذا جاء

(*) الراجح: قول أبي يوسف.

إِلَى مُسَافِرٍ يُودِعُهُ إِيَّاهُ وَيَشْهَدُ عَلَيْهِ الشُّهُودُ فَيَحْتَالُ لِإِبْطَالِ حَقِّ غَيْرِهِ، فَإِذَا اتَّهَمَهُ الْقَاضِي بِهِ لَا يَقْبَلُهُ.

(وَلَوْ قَالَ الشُّهُودُ: أَوْدَعَهُ رَجُلٌ لَا نَعْرِفُهُ، لَا تَنْدَفِعُ عَنْهُ الْخُصُومَةُ) لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ الْمُودِعُ هُوَ هَذَا الْمُدَّعِي، وَلِأَنَّهُ مَا أَحَالَهُ إِلَى مُعَيَّنٍ يُمْكِنُ لِلْمُدَّعِي اتِّبَاعُهُ، فَلَوْ انْدَفَعَتْ لَتَضَرَّرَ بِهِ الْمُدَّعِي، وَلَوْ قَالُوا: نَعْرِفُهُ بِوَجْهِهِ وَلَا نَعْرِفُهُ بِاسْمِهِ وَنَسَبِهِ،

المالك وأراد أن يثبت ملكه يقيم ذو اليد على أن فلانًا أودعه، فيبطل حقه وتدفع عنه الخصومة. كذا في المبسوط[١].

هذا إذا كان العين قائمًا في يد المدعَى عليه، فإن كان هالكًا لا تندفع الخصومة بهذه الدعاوى وإن أقام بينة؛ لأن العين [٢/٢٥٣/ب] إذا كان قائمًا في يده تقع الدعوى في العين، وذو اليد إنما ينتصب خصمًا فيها بظاهر يده، ويحتمل أنه ليس يد ملك، فإذا أثبته اندفع عنه الخصومة، أما إذا كان العين هالكًا فالدعوى تقع في الدين، ومحل الدين الذمة، فالمدعى عليه ينتصب خصمًا بذمته، وبالبينة أنه كان في يده وديعة لا يتبين أن ما في ذمته لغيره، فلا تحول الخصومة عنه؛ ألا ترى أن القاضي يقضي بالقيمة على مودع الغاصب وإن كان يده في العين يد غيره.

فإن قيل: ينبغي ألا يقضى بقيمة الهالك هناك؛ إذِ القضاء بقيمة العبد له إنما تصح إذا ثبت ملكه، ولم يثبت، ولا يجوز أن تكون قيمته لغير مالكه وقد تعذر القضاء للمدعي بالملك، فكيف يحكم بالقيمة له؟

قلنا: ليس من ضرورة القضاء بقيمة العبد له أن يكون العبد ملكًا له؛ إذْ يجوز أن يكون العبد لإنسان، ويد له لغيره، حتى قال أصحابنا في رجل قال لغيره: بعت منك هذا العبد الذي في يدك بألف ولي عليك ألف، فقال ذلك الرجل: ما بعته مني ولا اشتريته منك، وأنا بريء مما تقول، فأقام المدعي بينة على ذلك، وجب على المنكر ثمن العبد، ولم يكن العبد ملكًا له.

قوله: (لا نعرفه) [أي][٢]: أصلًا لا بالرؤية ولا بالاسم والنسب، فلا تقبل

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٦/١٦٩).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

فَكَذَلِكَ الجَوَابُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِلْوَجْهِ الثَّانِي، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ تَنْدَفِعُ[*]، لِأَنَّهُ أَثْبَتَ بِبَيِّنَتِهِ أَنَّ العَيْنَ وَصَلَ إِلَيْهِ مِن جِهَةِ غَيْرِهِ حَيْثُ عَرَفَهُ الشُّهُودُ بِوَجْهِهِ، بِخِلَافِ الفَصْلِ الأَوَّلِ، فَلَمْ تَكُنْ يَدُهُ يَدَ خُصُومَةٍ وَهُوَ المَقْصُودُ، ....

شهادتهم، ولا تندفع الخصومة بالإجماع.

قوله: (للوجه الثاني) وهو (أنه ما أحاله إلى معين) إلى آخره.

وفي المبسوط[١] وجامع فخر الإسلام: اعْتَبَرَ في هذه المسائل جهة الحوالة إلى معروف؛ كيلا يتعطل حق المدعي، وهما اعتبرا جهة الدفع، فإذا لم يمكن اتباعه ليخاصمه صار هذا بمنزلة قوله: لا أعرفه أصلًا؛ وهذا لأن المعرفة بالوجه لا تكون معرفة؛ لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال لرجل: «**أَتعرفُ فُلَانًا**»؟ قال: نعم، فقال: «**تَعْرف اسْمه ونَسَبه**»؟ فقال: لا، فقال: «**إذن لا تَعْرفه**»[٢]، ومن حلف لا يعرف فلانًا، وهو يعرف وجهه لا اسمه ونسبه لا يحنث، وهما يقولان: مقصود ذي اليد إثبات أن يده يد حفظٍ، وإنما تندفع الخصومة عنه إذا أثبت أنها لسبب بيد ملك، وقد حصل ذلك؛ لأنه أثبت بينة أنه ليس بخصم لهذا المدعي، فإنا نعلم أن مودعه ليس هذا المدعي؛ إذِ الشهود يعرفون المودع بوجهه، بخلاف ما لو قال: لا أعرفه أصلًا؛ لما مرَّ.

ثم إن تضرر المدعي بأن لا يقدر على اتباع خصمه، فذلك الضرر يلحقه من قِبَل نفسه حيث نسي خصمه، أو من قبل شهوده بأن جهلوا خصمه، لا من جهة ذي اليد، ونحن نسلم أن المعرفة بالوجه لا تكون معرفة تامة، ولكن ليس على ذي اليد تعريف خصم المدعي، وإنما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم، بخلاف الفصل الأول، وهو ما إذا قال الشهود: لا نعرفه أصلًا.

(فلم تكن يده يد خصومة) أي: في هذا الفصل، وهو إذا ما قال الشهود: نعرفه بوجهه.

(*) الراجح: قول محمد.

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٣٨).

(٢) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٢/ ٣٢١ رقم ١٣٢٣٧) من حديث عبد الله بن عمر ﷺ.
قال الهيثمي: فيه عمرو بن دينار قهرمان آل الزبير وهو متروك. مجمع الزوائد (٨/ ١٨٦).

وَالْمُدَّعِي هُوَ الَّذِي أَضَرَّ بِنَفْسِهِ حَيْثُ نَسِيَ خَصْمَهُ، أَوْ أَضَرَّهُ شُهُودُهُ، وَهَذِهِ المَسْأَلَةُ مُخَمَّسَةُ كِتَابِ الدَّعْوَى، وَقَدْ ذَكَرْنَا الأَقْوَالَ الخَمْسَةَ.

(وَإِنْ قَالَ: ابْتَعْتُهُ مِن الغَائِبِ، فَهُوَ خَصْمٌ) لِأَنَّهُ لَمَّا زَعَمَ أَنَّ يَدَهُ يَدُ مِلْكٍ اعْتَرَفَ بِكَوْنِهِ خَصْمًا (وَإِنْ قَالَ المُدَّعِي: غَصَبْتَهُ مِنِّي، أَوْ سَرَقْتَهُ مِنِّي، لَا تَنْدَفِعُ الخُصُومَةُ وَإِنْ أَقَامَ ذُو اليَدِ البَيِّنَةَ عَلَى الوَدِيعَةِ) لِأَنَّهُ إِنَّمَا صَارَ خَصْمًا بِدَعْوَى الفِعْلِ عَلَيْهِ لَا بِيَدِهِ، بِخِلَافِ دَعْوَى المِلْكِ المُطْلَقِ، لِأَنَّهُ خَصْمٌ فِيهِ بِاعْتِبَارِ يَدِهِ، حَتَّى لَا يَصِحُّ دَعْوَاهُ عَلَى غَيْرِ ذِي اليَدِ وَيَصِحُّ دَعْوَى الفِعْلِ.

(وَإِنْ قَالَ المُدَّعِي: سُرِقَ مِنِّي، وَقَالَ صَاحِبُ اليَدِ: أَوْدَعَنِيهِ فُلَانٌ، وَأَقَامَ البَيِّنَةَ، لَمْ تَنْدَفِعْ الخُصُومَةُ) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: تَنْدَفِعُ، لِأَنَّهُ لَمْ يَدَّعِ الفِعْلَ عَلَيْهِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: غُصِبَ مِنِّي عَلَى مَا لَمْ يُسَمَّ فَاعِلُهُ. وَلَهُمَا: أَنَّ ذِكْرَ الفِعْلِ يَسْتَدْعِي الفَاعِلَ لَا مَحَالَةَ، وَالظَّاهِرُ، أَنَّهُ هُوَ الَّذِي فِي يَدِهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يُعَيِّنْهُ دَرْءًا لِلْحَدِّ شَفَقَةً عَلَيْهِ وَإِقَامَةً لِحِسْبَةِ السِّرِّ، فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: سَرَقْتَ، بِخِلَافِ الغَصْبِ، لِأَنَّهُ لَا حَدَّ فِيهِ فَلَا يُحْتَرَزُ عَنْ كَشْفِهِ (وَإِنْ قَالَ المُدَّعِي: ابْتَعْتُهُ مِن فُلَانٍ، وَقَالَ صَاحِبُ اليَدِ: أَوْدَعَنِيهِ فُلَانٌ ذَلِكَ، أُسْقِطَتْ الخُصُومَةُ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ) لِأَنَّهُمَا تَوَافَقَا عَلَى أَنَّ أَصْلَ المِلْكِ فِيهِ لِغَيْرِهِ، فَيَكُونُ وُصُولُهَا إِلَى يَدِ ذِي اليَدِ مِن جِهَتِهِ، فَلَمْ تَكُنْ يَدُهُ يَدَ خُصُومَةٍ، إِلَّا أَنْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ أَنَّ فُلَانًا

قوله: (والمدعي هو الذي أضر بنفسه) جواب عن قول محمد، وهو قوله: لو اندفعت لتضرر به المدعي، **(أو أضره شهوده)** أي: شهود المدعى عليه، وهو ذو اليد.

(وإن قال: ابتعته) أي: وإن قال ذو اليد: اشتريته **(من الغائب)**.

قوله: (لم يدع الفعل عليه) أي: على ذي اليد؛ بل هذا دعوى الفعل على مجهول، وهي باطلة، فالتحقت بالعدم، فبقي دعوى الملك المطلق، كما في قوله: **(غُصِبَ مني)**.

(إلا إنه) أي: المدعي **(لم يعينه)** أي: لم يعين ذلك اليد **(درءًا للحدِّ)** فصار كما لو عينه، ولو عينه لم يندفع. كذا هذا.

وَكَّلَهُ بِقَبْضِهِ، لِأَنَّهُ أَثْبَتَ بِبَيِّنَتِهِ كَوْنَهُ أَحَقَّ بِإِمْسَاكِهَا، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ مَا يَدَّعِيهِ الرَّجُلَانِ

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَى اثْنَانِ عَيْنًا فِي يَدِ آخَرَ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا يَزْعُمُ أَنَّهَا لَهُ، وَأَقَامَا البَيِّنَةَ قضي بِهَا بَيْنَهُمَا) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي قَوْلٍ: تَهَاتَرَتَا، وَفِي قَوْلٍ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ

(لأنه) أي: المدعي (أثبت ببينته كونه أحق بإمساكها) ولو طلب المدعي يمينه على ما ادَّعى من الإيداع يحلف على البتات، ولو قال ذو اليد: (أودعني وكيله) لا يصدق إلا ببينة؛ لأن الوكالة لا تثبت بقوله.

بَابُ مَا يَدَّعِيهِ الرَّجُلَانِ

لما ذكر حكم الواحد شرع في حكم الاثنين؛ لأنه بعد الواحد.

قوله: (**عينًا**) وضع المسألة؛ لأن في دعوى النكاح لا يقضى لواحدٍ، كما يجيء.

قوله: (**تَهَاتَرَتَا**) أي: تساقطتا، مأخوذ من الهِتر، بكسر الهاء، وهو السقط من الكلام والخطأ. ذكره في المغرب[(١)].

قال الشافعي في القديم، ومالك في رواية، وأحمد في رواية: تساقطت البينتان لما تعارضتا ولا ترجيح، فأشبه الدليلين إذا تعارضا ولا ترجيح، فعلى هذا يجعل كأنه لا بينة، ويصار إلى التحليف؛ للتيقن بكذب أحدهما، وتهمة الكذب تمنع العمل بالشهادة.

(**وفي قول**: **يقرع** [٢/ ٢٥٤/أ] **بينهما**) أي: يستعملان ويقرع بينهما، وبه قال أحمد في رواية، ويقضى لمن خرجت قرعته؛ لما روي أنه عليه السلام «**أَقْرَعَ فِيهِ**».

روي أن رجلين تنازعا في أمة بين يدي رسول الله ﷺ، وأقاما بينة، فأسهم النبي عليه الصلاة والسلام بينهما، وقضى لمن خرج السهم له، ولأن استعمال القرعة لتعيين المستحق أصل في الشرع، كما في قسمة مال المشترك، والمسافرة بإحدى النساء.

وقال في قول، وأحمد في رواية: يقضى لمن خرجت قرعته بيمينه، وعند

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٤٩٩).

إِحْدَى البَيِّنَتَيْنِ كَاذِبَةٌ بِيَقِينٍ لِاسْتِحَالَةِ اجْتِمَاعِ المِلْكَيْنِ فِي الكُلِّ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ، وَقَدْ تَعَذَّرَ التَّمْيِيزُ فَيَتَهَاتَرَانِ أَوْ يُصَارُ إِلَى القُرْعَةِ، «لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَقْرَعَ فِيهِ وَقَالَ: اللَّهُمَّ أَنْتَ الحَكَمُ بَيْنَهُمَا» وَلَنَا: حَدِيثُ تَمِيمِ بْنِ طَرْفَةَ «أَنَّ رَجُلَيْنِ

مالك يقضى بأعدل البينتين، فإذا كانتا في العدالة سواء ولا ترجيح بهما يقسم بينهما نصفين في رواية كقولنا، وبه قال أحمد في رواية، والشافعي أيضًا في قول.

وقال الأوزاعي، وابن الماجشون المالكي: يقضى بأكثرهما عددًا؛ لزيادة طمأنينة القلب إلى قول الأكثر؛ ولكن ذلك غير معتبر في الحُجِّيَّة بعد نصاب تمام الحجة ورجحان الصّدق.

قوله: (ولنا حديث تميم بن طرفة) الطائي، رواية عن أبي موسى الأشعري، ذكره أبو داود، وعن أبي الدرداء: أن رجلين اختصما بين يدي رسول الله ﷺ في شيء وأقاما البينة، فقال: «**مَا أَحْوَجَكُمَا إلى سِلْسِلَةٍ كَسِلْسِلَة بني إسْرائيلَ، كَانَ دَاودُ عليه السلام إذَا جَلَسَ لِفَصْلِ القَضَاءِ تدّلتْ سِلْسِلَةٌ مِنَ السّماءِ بعُنُقِ الظّالِمِ**»، ثم قضى به رسولنا عليه الصلاة والسلام بينهما نصفين[(١)].

وما روي من استعماله القرعة، فقد كانت في وقت كان القمار مباحًا، ثم انتسخ ذلك بحرمة القمار؛ لأن تعيين المستحق بمنزلة الاستحقاق ابتداء، فكما أن تعليق الاستحقاق بخروج القرعة يكون قمارًا أيضًا.

بخلاف قسمة المال المشترك فللقاضي ولاية تعيين المستحق من غير قرعة، وإنما يقرع لتطييب القلوب، ونفيًا لتهمة الميل، كما في قرعة النساء، ولا يكون ذلك في معنى القمار، ولأنهما استويا في سبب الاستحقاق، والمدعى قابلٌ للاشتراك، فيستويان في الاستحقاق كالغريمين في التركة؛ وهذا لأن البينات حجج الله تعالى، فيجب العمل بها ما أمكن، وقد أمكن هاهنا؛ لأن كل واحدٍ من البينتين احتملت الصحة؛ لأن صحة الشهادة لا تعتمد وجود حقيقة؛ إذْ لا

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٦/٣١٦ رقم ٢١٥٦٥)، وعبد الرزاق في المصنف (٨/٢٧٦ رقم ١٥٢٠٤) عن أبي الدرداء رضي الله عنه: أن رجلين اختصما إليه في دابة، فأقام كل واحد منهما البينة أنها له، فقضى به بينهما وقال: ما كان أحوجكما إلى مثل سلسلة بني إسرائيل. موقوفًا.

اخْتَصَمَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي نَاقَةٍ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا البَيِّنَة فَقَضَى بِهَا بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ».

وَحَدِيثُ القُرْعَةِ كَانَ فِي الِابْتِدَاءِ ثُمَّ نُسِخَ، وَلِأَنَّ المُطْلَقَ لِلشَّهَادَةِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مُحْتَمَلُ الوُجُودِ، بَلْ يَعْتَمِدُ أَحَدُهُمَا سَبَبَ المِلْكِ وَالآخَرُ اليَدَ، فَصَحَّتْ الشَّهَادَتَانِ، فَيَجِبُ العَمَلُ بِهِمَا مَا أَمْكَنَ، وَقَدْ أَمْكَنَ بِالتَّنْصِيفِ، إِذْ المَحِلُّ يَقْبَلُهُ، وَإِنَّمَا يُنَصَّفُ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ.

قَالَ: (فَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا نِكَاحَ امْرَأَةٍ وَأَقَامَا بَيِّنَةً، لَمْ يُقْضَ بِوَاحِدَةٍ مِن البَيِّنَتَيْنِ) لِتَعَذُّرِ العَمَلِ بِهِمَا؛ لِأَنَّ المَحَلَّ لَا يَقْبَلُ الِاشْتِرَاكَ. (وَيَرْجِعُ إِلَى تَصْدِيقِ

علم للعباد بحقائق الأشياء، وإنما يعتمد ظاهر الحال، فإنَّ مَن رأى شيئًا في يد غيره حلَّ له أداء الشهادة بالملك له بناءً على الظاهر.

فإذا عاين أحدهما سبب الملك كالشراء ونحوه جاز له أن يشهد أيضًا، فيمكن أن يعتمد أحدهما الظاهر والآخر السبب، فصحت الشهادتان، فيعمل بهما بالنصف؛ إذِ المحل يقبله، وصار هذا كالعلل الشرعية، نحو أن باع فضولي مال آخر، وباع فضولي آخر من آخر ذلك المال، وأجاز مالك[١] البيعين يثبت الملك لكل واحدٍ منهما في النصف، فكذا هاهنا.

وأما قوله: فالقاضي تيقن بكذب أحدهما، ضعيف؛ إذْ كل واحدٍ اعتمد سببًا أطلق له أداء الشهادة، وهو معاينة اليد لمن شهد له، وقد يتوالى بدلين على عين واحدٍ لشخصين في وقتين؛ فلهذا وجب القضاء بهما بحسب الإمكان. كذا في المبسوط[٢] والإيضاح.

قوله: (يرجع إلى تصديقها) قال السعدي: لا يترجح أحدهما إلا بأحد معانٍ ثلاثة: أحدها: إقرار المرأة، والثاني: كونها في يد أحدهما، والثالث: دخول أحدهما بها إلا أن يقيم الآخر أن نكاحه أسبق. كذا في الخلاصة، وهكذا ذكر في المبسوط.

---

(١) كذا في الأصول الخطية، ولعل صوابها: (المالك).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٤٢).

الْمَرْأَةِ لِأَحَدِهِمَا) لِأَنَّ النِّكَاحَ مِمَّا يُحْكَمُ بِهِ بِتَصَادُقِ الزَّوْجَيْنِ، وَهَذَا إِذَا لَمْ تُوَقَّتْ الْبَيِّنَتَانِ، فَأَمَّا إِذَا وَقَّتَا فَصَاحِبُ الْوَقْتِ الْأَوَّلِ أَوْلَى (وَإِنْ أَقَرَّتْ لِأَحَدِهِمَا قَبْلَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ فَهِيَ امْرَأَتُهُ) لِتَصَادُقِهِمَا (وَإِنْ أَقَامَ الْآخَرُ الْبَيِّنَةَ قُضِيَ بِهَا) لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ أَقْوَى مِن الْإِقْرَارِ (وَلَوْ تَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِالدَّعْوَى وَالْمَرْأَةُ تَجْحَدُ، فَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ وَقَضَى بِهَا الْقَاضِي لَهُ ثُمَّ ادَّعَى الْآخَرُ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى مِثْلِ ذَلِكَ، لَا يَحْكُمُ بِهَا) لِأَنَّ الْقَضَاءَ الْأَوَّلَ قَدْ صَحَّ فَلَا يُنْقَضُ بِمَا هُوَ مِثْلُهُ، بَلْ هُوَ دُونَهُ (إِلَّا أَنْ يُوَقِّتَ شُهُودُ الثَّانِي سَابِقًا) لِأَنَّهُ ظَهَرَ الْخَطَأُ فِي الْأَوَّلِ بِيَقِينٍ. وَكَذَا إِذَا كَانَتْ الْمَرْأَةُ فِي يَدِ الزَّوْجِ وَنِكَاحُهُ ظَاهِرٌ، لَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ الْخَارِجِ إِلَّا عَلَى وَجْهِ السَّبْقِ.

قَالَ: (وَلَوْ ادَّعَى اثْنَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أَنَّهُ اشْتَرَى مِنهُ هَذَا الْعَبْدَ) مَعْنَاهُ: مِن صَاحِبِ الْيَدِ (وَأَقَامَا بَيِّنَةً، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفَ الْعَبْدِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ) لِأَنَّ الْقَاضِيَ يَقْضِي بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، لِاسْتِوَائِهِمَا فِي السَّبَبِ فَصَارَ كَالْفُضُولِيِّينَ إِذَا بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مِن رَجُلٍ وَأَجَازَ الْمَالِكُ الْبَيْعَيْنِ،

قوله: (بما هو مثله) هذا في الظنيات، كالقياس لا يرفع بقياس آخر، بخلاف السمعيات **(بل بدونه)** أي دعوى المدعي الآخر مع شهادته دون الأول؛ لاتصال القضاء بالأول.

قوله: (معناه من صاحب اليد) قيد به؛ لأنه لو ادَّعى كل واحدٍ الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخلو إمَّا أن يدعيا الشراء من واحد أو اثنين، فالحكم على التفصيل يجيء بعد في الكتاب، ووضع المسألة في المبسوط في الدار.

(يَقْضِي بينهما نصفين؛ لاستوائهما في السبب) وبه قال مالك في رواية، وأحمد في رواية، والشافعي في قول. وقال الشافعي في قول آخر: يقرع، وبه قال أحمد في رواية، وعن الشافعي: تسقط البينتان ويرجع إلى البائع، فإن صدق أحدهما سلمت إليه، وهل يحلف الآخر؟ على القولين، والأصح لا يرجح بإقرار البائع، وبه قال أكثر أصحابه، بل يقسم نصفين أو يقرع كما ذكرنا.

فإن قيل: ينبغي أن تسقط البينتان عندنا أيضًا؛ لتيقن القاضي [٢/ ٢٥٤/ ب] بكذب أحد الفريقين؛ لأن البيعين على دارٍ واحدة من رجلين من كل واحد بكماله لا يتصور في وقت واحد.

يُخَيَّرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا، لِأَنَّهُ تَغَيَّرَ عَلَيْهِ شَرْطُ عَقْدِهِ، فَلَعَلَّ رَغْبَتَهُ فِي تَمَلُّكِ الكُلِّ فَيَرُدُّهُ وَيَأْخُذُ كُلَّ الثَّمَنِ.

(فَإِنْ قَضَى القَاضِي بِهِ بَيْنَهُمَا فَقَالَ أَحَدُهُمَا: لَا أَخْتَارُ النصف، لَمْ يَكُنْ لِلْآخَرِ أَنْ يَأْخُذَ جَمِيعَهُ) لِأَنَّهُ صَارَ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ فِي النِّصْفِ فَانْفَسَخَ البَيْعُ فِيهِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ خَصَمٌ فِيهِ لِظُهُورِ اسْتِحْقَاقِهِ بِالبَيِّنَةِ لَوْلَا بَيِّنَةُ صَاحِبِهِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ ذَلِكَ قَبْلَ تَخْيِيرِ القَاضِي، حَيْثُ يَكُونُ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ الجَمِيعَ، لِأَنَّهُ يَدَّعِي الكُلَّ وَلَمْ يَفْسَخْ سَبَبَهُ،

قلنا: كل فريق شهدوا بنفس البيع لا بصحته، ولم يشهدوا بوقوع البيعين معًا، ويتصور وقوعهما في وقتٍ واحد، بأن وكّل المالك رجلين، كل واحدٍ على الانفراد، فباع كل واحدٍ من الوكيلين معًا؛ فإنه يجوز، وعقد الوكيل كعقد الموكل، فيثبت أنه لا يستحيل ورود البيعين في زمان من رجل واحد. كذا في المبسوط[(١)].

(لأنه تغير عليه شرط عقده) وهو رضاه؛ لأنه ما رضي بالعقد إلا ليسلم له كل المبيع، فإذا لم يسلم أحيل رضاه بتفرق الصفقة عليه.

قوله: (فانفسخ البيع فيه) أي: في النصف؛ لأنه لما قضى القاضي بالمبيع بينهما تضمن قضاؤه فسخ العقد في حق كل واحدٍ منهما في النصف، فلا يعود إلا بتجديد العقد.

فإن قيل: الفسخ إنما يكون بعد وجود البيع.

قلنا: البيع إن كان موجودًا فظاهر، وإن لم يكن فلا يتمكن من الأخذ؛ وهذا لأن استحقاق [كل][(٢)] واحد للكل كانت نظرًا إلى بينته[(٣)]، وإنما لا يظهر في النصف لوجود بينة صاحبه، فكان دليل استحقاق الكل قائمًا، فيفسخ نظرًا إلى الدليل. كذا قيل، وفيه نوع وتأمل.

قوله: (ولم يفسخ سببه) أي: أثبت شراءه في الكل بالبينة، ولم يفسخ القاضي بيعه في شيء، وإنما كان القضاء له بالنصف؛ لمزاحمة صاحبه له، فإذا

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٥٧).

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) في النسخة الثانية: (سببيته).

وَالعَوْدُ إِلَى النِّصْفِ لِلْمُزَاحِمَةِ وَلَمْ تُوجَدْ، وَنَظِيرُهُ تَسْلِيمُ أَحَدِ الشَّفِيعَيْنِ قَبْلَ القَضَاءِ، وَنَظِيرُ الأَوَّلِ تَسْلِيمُهُ بَعْدَ القَضَاءِ **(وَلَوْ ذَكَرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا تَارِيخًا فَهُوَ لِلْأَوَّلِ مِنهُمَا)** لِأَنَّهُ أَثْبَتَ الشِّرَاءَ فِي زَمَانٍ لَا يُنَازِعُهُ فِيهِ أَحَدٌ فَانْدَفَعَ الآخَرُ بِهِ **(وَلَوْ وَقَّتَتْ إِحْدَاهُمَا وَلَمْ تُؤَقِّتْ الأُخْرَى: فَهُوَ لِصَاحِبِ الوَقْتِ)** لِثُبُوتِ مِلْكِهِ فِي ذَلِكَ الوَقْتِ، وَاحْتَمَلَ الآخَرُ أَنْ يَكُونَ قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ فَلَا يَقْضِي لَهُ بِالشَّكِّ ....

زالت المزاحمة قضي له بالكل، كالشفيعين إذا سلم أحدهما قبل القضاء لهما ـ يُقضَى للآخر بجميع الدار، بخلاف ما إذا كان تسليمه بعد القضاء، حيث لا يكون للآخر إلا نصف الدار.

قوله: (فهو للأول) أي: الأسبق من التاريخين، وبه قال مالك وأحمد والشافعي، واختاره المزني، ويحكى عن نص الشافعي في البويطي؛ لأنه لا ترجيح بالسبق فيه؛ لأن مناط الشهادة الملك في الحال، وقد استويا فيه، فأشبه ما إذا كانتا مطلقتين أو مزوجتين بتاريخ واحد، وكذا لو ادَّعى الشراء من اثنين ـ يقدَّم الأسبق عندنا ومالك وأحمد والشافعي في قول، وقلنا: الأسبق أثبت الشراء في زمان لا تعارضه البينة الأخرى فيه، فاستحقها من ذلك الوقت، فتبين أن الآخر اشتراها من غير المالك، فكان شراؤه باطلًا، بخلاف ما إذا كانتا مطلقتين أو مزوجتين بتاريخ واحد؛ فإنه لا يعلم شراء أحدهما من غير المالك، فتعارضتا.

قوله: (فهو لصاحب الوقت) وبه قال مالك، والشافعي في قول آخر: هما سواء، وبه قال أحمد؛ لما ذكرنا من قوله: إن مناط الشهادة الملك في الحال، وقد استويا، وصارَ كما لو ادعيا الشراء من رجلين، ووُقِّتَتْ إحدى البينتين، فهما سواء، فكذلك هاهنا.

وقلنا: الشراء حادث، فيضاف حدوثه إلى أقرب الأوقات ما لم يثبت التاريخ، فكان شراء المؤقت سابقًا، فكان أولى، وهذا معنى **قوله: (واحتمل الآخر)** أي: المطلق **(أن يكون قبله أو بعده، فلا يقضي له بالشك).**

بخلاف ما إذا ادَّعيا الشراء من رجلين، فإن كل واحدٍ منهما هناك خصم عن بائعه في إثبات الملك، وتوقيت أحدهما لا يدل على سبق ملك بائعه؛ فلعل

(وَإِنْ لَمْ يَذْكُرَا تَارِيخًا وَمَعَ أَحَدِهِمَا قَبْضٌ فَهُوَ أَوْلَى) وَمَعْنَاهُ: أَنَّهُ فِي يَدِهِ، لِأَنَّ تَمَكُّنَهُ مِن قَبْضِهِ يَدُلُّ عَلَى سَبْقِ شِرَائِهِ، وَلِأَنَّهُمَا اسْتَوَيَا فِي الْإِثْبَاتِ فَلَا تُنْقَضُ الْيَدُ الثَّابِتَةُ بِالشَّكِّ، وَكَذَا لَوْ ذَكَرَ الْآخَرُ وَقْتًا لِمَا بَيَّنَّا.

إِلَّا أَنْ يَشْهَدُوا أَنَّ شِرَاءَهُ كَانَ قَبْلَ شِرَاءِ صَاحِبِ الْيَدِ، لِأَنَّ الصَّرِيحَ يَفُوقُ الدَّلَالَةَ.

ملك البائع الآخر أسبق؛ فلهذا قضي بينهما، أما هاهنا اتفقا على ملك بائع واحد، وإنما حاجة كل واحد إلى إثبات انتقال الملك منه، وسبب الملك في المؤقت أسبق كما ذكرنا، فلا يعارضه المطلق. إليه أشار في المبسوط.

قوله: **(ومعناه أنه في يده)** أي: القبض ثابت في يده معاينة، وإنما احتاج إلى التفسير بهذا؛ لأن **قوله**: **(ومع أحدهما قبض)** يجوز أن يحمل على أن يكون معناه: أثبت قبضه بالبينة فيما مضى من الزمان، وهو في الحال في يد البائع، ويجوز أن يكون على خلاف هذا، حيث ذكر في الذخيرة ثبوت اليد لأحدهما بالمعاينة؛ لأن تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه؛ لأن القبض بناء على العقد الثابت بالبينة ظاهرًا حملًا لفعل المسلم على الصلاح لا على الغصب، وقبضه اقترن بعقد الآخر؛ لأن كل واحدٍ منهما حادث محكمٌ بوقوعهما معًا، فتقدم صاحب العقد ضرورة، ولا يعلم فيه خلاف.

بخلاف ما ادعيا الشراء من اثنين وأقاما بينة، وأحدهما قابض، حيث هناك الخارج أولى عندنا؛ لأن كل واحدٍ من المدعيين يحتاج إلى إثبات الملك لبائعه أولًا، فاجتمع في حق البائعين بينة الخارج وبينة ذي اليد، فبينة الخارج أولى، أما هاهنا يحتاجان إلى إثبات سبب الاستحقاق، وملك البائع ثابت بتصادقهما، فبينة القابض أقوى؛ لما ذكرنا أن تمكن [٢/ ٢٥٥/أ] القبض دليل سبق عقده، واليد دليل معاين في حق القابض، والتاريخ في حق الخارج يخبر به، وليس الخبر كالمعاينة، وكذلك لو ذكر الآخر وقتًا لم ينتفع به، ولا يعلم فيه خلاف أيضًا؛ لأن القبض إذا وجد لم ينقض بالشك، ووقت الآخر يحتمل، فلا تنقض اليد الثابتة بيقين.

قوله: **(لما بينا)** إشارة إلى **قوله**: **(لأن تمكنه من قبضه)** إلى آخره.

قَالَ: (وَإِنْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا شِرَاءً وَالآخَرُ هِبَةً وَقَبْضًا) مَعْنَاهُ مِن وَاحِدٍ (وَأَقَامَا بَيِّنَةً وَلَا تَارِيخَ مَعَهُمَا فَالشِّرَاءُ أَوْلَى) لِأَنَّ الشِّرَاءَ أَقْوَى لِكَوْنِهِ مُعَاوَضَةً مِن الجَانِبَيْنِ، وَلِأَنَّهُ يُثْبِتُ المِلْكَ بِنَفْسِهِ، وَالمِلْكُ فِي الهِبَةِ يَتَوَقَّفُ عَلَى القَبْضِ، وَكَذَا الشِّرَاءُ وَالصَّدَقَةُ مَعَ القَبْضِ لِمَا بَيَّنَّا (وَالهِبَةُ وَالقَبْضُ وَالصَّدَقَةُ مَعَ القَبْضِ سَوَاءٌ حَتَّى يُقضى بَيْنَهُمَا) لِاسْتِوَائِهِمَا فِي وَجْهِ التَّبَرُّعِ، وَلَا تَرْجِيحَ بِاللُّزُومِ، لِأَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى المَآلِ،

قوله: (من واحد) قيد به؛ لأنه إذا كان من اثنين فهما سواء، ولا أولوية، كما يجيء بعدُ.

(لكونه) أي: لكون الشراء **(معاوضة من الجانبين)** فكما يثبت الملك في المعوض يوجبه في العوض، والبينات ترجح بكثرة الإثبات.

قوله: (والملك في الهبة يتوقف على القبض) فكان ملك مدعي الشراء سابقًا فيه، فكان أولى؛ بخلاف ما إذا ادعيا الشراء والهبة من اثنين، حيث يستويان، ولا ترجيح في الشراء باعتبار معنى المعاوضة؛ لأنهما يحتاجان إلى إثبات الملك للمملك أولًا، والحجتان في إثبات الملك له سواء، وهاهنا لا يحتاجان إلى إثبات الملك للمملك فإنه ثابتٌ بتصادقهما، وإنما الحاجة في إثبات سبب الملك عليه، وفي إثباتِ السببِ الشراءُ أولى وأقوى من الهبة. كذا في المبسوط[١].

وقوله: **(لما بينا)** إشارة إلى قوله: (لأن الشراء أقوى من الهبة).

قوله: (والصدقة) أي: مع القبض **(سواء)** ولا ترجيح باللزوم؛ جواب إشكال تقديري، وهو أن يقال: ينبغي أن ترجح الصدقة على الهبة؛ لأن الصدقة تقع لازمة حيث لا يصح الرجوع فيها، بخلاف الهبة فقال: **(ولا ترجيح باللزوم؛ لأنه)** أي: اللزوم **(يرجع إلى المآل)** فإن أثر اللزوم يظهر في إبطال حق الرجوع، وذلك حكم يظهرُ في ثاني الحال، ولأن امتناع الرجوع لحصول المقصود، وهو الثواب، لا لقوة السبب؛ ولهذا لو وقعت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها؛ لحصول المقصود، وهو الصلة والصدقة، وقد لا تكون لازمة بأن وقعت لغنيٍّ.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٥٩).

وَالتَّرْجِيحُ بِمَعْنًى قَائِمٍ فِي الحَالِ، وَهَذَا فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ صَحِيحٌ، وَكَذَا فِيمَا يَحْتَمِلُهَا عِنْدَ البَعْضِ، لِأَنَّ الشُّيُوعَ طَارِئٌ. وَعِنْدَ البَعْضِ، لَا يَصِحُّ، لِأَنَّهُ تَنْفِيذُ الهِبَةِ فِي الشَّائِعِ، وَصَارَ كَإِقَامَةِ البَيِّنَتَيْنِ عَلَى الِارْتِهَانِ وَهَذَا أَصَحُّ.

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمَا الشِّرَاءَ، وَادَّعَتْ امْرَأَتُهُ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلَيْهِ: فَهُمَا سَوَاءٌ) لِاسْتِوَائِهِمَا فِي القُوَّةِ، فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ، يُثْبِتُ المِلْكَ بِنَفْسِهِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: الشِّرَاءُ أَوْلَى وَلَهَا عَلَى الزَّوْجِ القِيمَةُ(*)، ......

قوله: (وهذا) أي: قوله: يقضى بينهما، كالحمام ونحوه **(صحيح)** وكذا فيما يحتمل القسمة كالدَّار ونحوه، أو ادعيا الشراء من واحد؛ لأن كل واحدٍ أثبت استحقاقه في الكل، إلا أنه لأجل المزاحمة سلم له البعض، فكان الشيوع طارئًا، وذا لا يبطل الهبة والصدقة.

وفي المبسوط: ادعى أحدهما هبة وبيعًا، والآخر صدقة وبيعًا، وأقاما بينة ولم يوقت شهودها، أو وقت أحدهما، أو وقتا جميعًا وأحدهما أسبق بالوقت، والسابق أولى، ولو لم يكن هناك تاريخ ولا قبض معاين، وفيما لا يقسم يقضى بينهما؛ لاستوائهما في سبب الاستحقاق، وفيما يحتمل القسمة يقضى بينهما؛ لأن الهبة والصدقة وقع في مشاع يحتمل القسمة؛ لكن الشيوع طارئ(١).

وقيل: لا يصح، وهذا أصح؛ لأنه تنفيذ الهبة في الشائع، وصار كما لو أقاما بينة على الارتهان.

قوله: (وهذا) أي **قوله: (فهما سواء)** ويقضى بينهما **(عند أبي يوسف)** لأن كل واحدٍ عقد معاوضة.

فإن قيل: الشراء مبادلة مال بمال موجب للضمان في العوضين، والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال غير موجب للضمان في المنكوحة، فكان الشراء أقوى.

قلنا: بل النكاح أقوى من الشراء من وجه؛ لأن الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متأكدًا، حتى لا يبطلُ بالهلاك قبل التسليم، بخلاف الملك في المشترى، ويجوز التصرف في الصداق قبل القبض، بخلاف المشترى، فإن لم

(*) الراجح: قول أبي يوسف.
(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٦٢).

لِأَنَّهُ أَمْكَنَ العَمَلُ بِالبَيِّنَتَيْنِ بِتَقْدِيمِ الشِّرَاءِ، إِذْ التَّزَوُّجُ عَلَى عَيْنٍ مَمْلُوكَةٍ لِلْغَيْرِ صَحِيحٌ وَتَجِبُ قِيمَتُهُ عِنْدَ تَعَذُّرِ تَسْلِيمِهِ (وَإِذَا ادَّعَى أَحَدُهُمَا رَهْنًا وَقَبْضًا وَالآخَرُ هِبَةً وَقَبْضًا وَأَقَامَا بَيِّنَةً فَالرَّهْنُ أَوْلَى) وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَفِي القِيَاسِ: الهِبَةُ أَوْلَى، لِأَنَّهَا تُثْبِتُ المِلْكَ وَالرَّهْنُ لَا يُثْبِتُهُ.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ المَقْبُوضَ بِحُكْمِ الرَّهْنِ مَضْمُونٌ، وَبِحُكْمِ الهِبَةِ غَيْرُ مَضْمُونٍ، وَعَقْدُ الضَّمَانِ أَقْوَى. بِخِلَافِ الهِبَةِ بِشَرْطِ العِوَضِ، لِأَنَّهُ بَيْعُ انْتِهَاءٍ، وَالبَيْعُ أَوْلَى مِن الرَّهْنِ، لِأَنَّهُ عَقْدُ ضَمَانٍ يُثْبِتُ المِلْكَ صُورَةً وَمَعْنًى، وَالرَّهْنُ لَا يُثْبِتُهُ إِلَّا عِنْدَ الهَلَاكِ مَعْنًى لَا صُورَةً، فَكَذَا الهِبَةُ بِشَرْطِ العِوَضِ (وَإِنْ أَقَامَ الخَارِجَانِ البَيِّنَةَ

يترجح جانب النكاح بهذا فلا أقل من المساواة، ثم للمرأة نصف القيمة على الزوج، ويرجع المشتري عليه بنصف الثمن إن كان نقده إياه.

قوله: **(لأنه أمكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء)** يعني: الأصل في البينات الإعمال متى أمكن، وقد أمكن هاهنا بتقديم الشراء؛ إذِ النكاح على عبد الغير صحيح وتجب قيمته، أما لو قدَّمنا النكاح على الشراء لم يصح الشراء إلا بإجازة المرأة، ولم يوجد، وجواب أبي يوسف عن قوله: إن المقصود من ذكر السبب ملك العين، والنكاح إذا تأخر لم يوجب ملك المسمى كما إذا تأخر الشراء، وهما سواء في حق ملك العين، ولأن فيما قاله محمد إثبات تاريخ لم يشهد به الشهود، والتاريخ لا يثبت من غير حجة. كذا في المبسوط[1]، والأسرار.

وفي القياس: الهبة أولى، وهو رواية كتاب الشهادات؛ لأن الهبة تثبت ملك العين، والرهن لا يثبته، فكانت أكثر إثباتًا، فكان أولى.

قوله: **(وعقد الضمان أقوى)** يعني: الهبة عقد تبرع، والرهن عقد ضمان، فكان عقد الضمان أقوى من المتبرع، ولأن بينة الرهن تثبت بدائن الدين، [٢/ ٢٥٥/ب] والرهن والهبة لا تثبت إلا واحدًا، فكانت بينة الرهن أكثر إثباتًا، فكان أولى، فصار كالشراء مع الهبة.

قوله: **(وإن أقاما الخارجان البينة)** إلى آخره.

وفي الكافي وشرح الطحاوي: إذا ادَّعيا عينًا ورهنًا فلا يخلو إمَّا أن يدعيا

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٦٠).

عَلَى المِلْكِ وَالتَّارِيخِ: فَصَاحِبُ التَّارِيخِ الأَقْدَمِ أَوْلَى) لِأَنَّهُ أَثْبَتَ أَنَّهُ أَوَّلُ المَالِكَيْنِ، فَلَا يَتَلَقَّى المِلْكَ إِلَّا مِن جِهَتِهِ، وَلَمْ يَتَلَقَّ الآخَرُ مِنهُ.

قَالَ: (وَلَوْ ادَّعَيَا الشِّرَاءَ مِن وَاحِدٍ) مَعْنَاهُ مِن غَيْرِ صَاحِبِ اليَدِ (وَأَقَامَا البَيِّنَةَ عَلَى تَارِيخَيْنِ فَالأَوَّلُ أَوْلَى) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ أَثْبَتَهُ فِي وَقْتٍ لَا مُنَازِعَ لَهُ فِيهِ (وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ

ملكًا مطلقًا أو إرثًا أو شراء، وكل قسم ثلاثة أقسام؛ لأنه إما ألا يؤرّخا، أو أرخا تاريخًا واحدًا، أو أرخّا وتاريخ أحدهما أسبق، أو أرّخ أحدهما دون الآخر، وجمله ذلك ستة وثلاثون فصلًا، وقد بينا خلاف الأئمة الثلاثة.

فلو ادَّعيا ملكًا مطلقًا والعين في يد ثالث ولم يؤرخا، أو أرخا تاريخًا واحدًا ـ يقضى بينهما نصفين؛ لاستوائهما في الحجة، ولا خلاف فيه.

ولو أرَّخا وتاريخ أحدهما أسبق يقضى للأسبق؛ لأنه أثبت الملك في زمان لا ينازعه فيه غيره، فيقضى بالملك له، ثم لا يقضى لغيره إلا إذا تلقى الملك من جهته، ومن ينازعه لا يتلقاه فلا يقضى له، وهو معنى **قوله**: **(فصاحب التاريخ الأقدم أولى)**.

وفي الذخيرة: هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخرًا، وبه قال محمد أولًا، وقال محمد آخرًا: يقضي بينهما ولا يكون للتاريخ عبرة، ولو أرخ أحدهما فقط، ففي النوادر عن أبي حنيفة: يقضي بينهما ولا عبرة للتاريخ عنده حالة الانفراد في دعوى الملك المطلق في أصح الروايات، وعلى قول أبي يوسف يقضى للذي أرخ، وعلى قول محمد يقضى للذي لم يؤرخ؛ لأنه يدعي أولية الملك، وملك المؤرخ يقتصر على وقت التاريخ، وأبو يوسف يقول: إنه أثبت الملك لنفسه في ذلك الوقت يقينًا، ومن لم يوقت يثبت للحال يقينًا، وفي ثبوته في وقت تاريخ صاحبه شك، فلا يعارضه.

وأبو حنيفة: توقيته لا يدل على سبق ملكه؛ لاحتمال أن يكون الآخر أقدم، ويحتمل أن يكون متأخرًا عنه، فجعل مقارنًا؛ رعايةً للاحتمالين، هذا إذا كان المدعى في يد ثالث، فإن كان في يدهما فكذا الجواب؛ لأنه لم يترجح أحدهما باليد، ولم تَنْحَطَّ حالُهُ عن حالة الآخر باليد.

قوله: **(وأقام البينة على تاريخين، فالأول أولى)** وإنما يتفاوت فيما إذا لم يؤرخ أحدهما كما ذكرنا.

قوله: **(معناه من غير صاحب اليد)** وفي تقييده بهذا القيد ليست زيادة

وَاحِدٍ مِنهُمَا البَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ مِن آخَرَ، وَذَكَرَا تَارِيخًا فَهُمَا سَوَاءٌ) لِأَنَّهُمَا يُثْبِتَانِ المِلْكَ لِبَائِعَيْهِمَا، فَيَصِيرُ كَأَنَّهُمَا حَضَرَا ثُمَّ يُخَيَّرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا كَمَا ذَكَرْنَا مِن قَبْلُ (وَلَوْ وَقَّتَتْ إِحْدَى البَيِّنَتَيْنِ وَقْتًا، وَلَمْ تُؤَقِّتْ الأُخْرَى: قَضَى بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ) لِأَنَّ تَوْقِيتَ إِحْدَاهُمَا لَا يَدُلُّ عَلَى تَقَدُّمِ المِلْكِ، لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الآخَرُ أَقْدَمَ، بِخِلَافِ مَا

فائدة، فإن في هذا الحكم المرتب عليه وفي سائر الأحكام لا يتفاوت أن تكون دعواهما الشراء من صاحب اليد أو غيره بعد أن يكون البائع واحدًا، ولا يعلم فيه خلاف. ذكره في الذخيرة.

(على الشراء من آخر) أي: ادَّعيا الشراء من رجلين، كل واحدٍ من رجل، بخلاف الأول (وذكرا تاريخًا فهما سواء) أي: ذكرا تاريخًا واحدًا، أما لو ذكرا تاريخين فالسابق أولى؛ لإثبات الملك لتابعه في وقت لا ينازعه الآخر فيه، ويرجع الآخر بالثمن على بائعه؛ لاستحقاق المبيع من يده. ذكره في المبسوط[1].

بخلاف ما إذا ادَّعى الخارجان إرثًا من أبويهما وتاريخ أحدهما أقدم؛ فعلى قول محمد آخِرًا، وهو قول أبي يوسف أولًا، يقضى بينهما، ولم يعتبر سبق التاريخ في الإرث في رواية أبي سليمان عنه.

وروى أبو حفص عن محمد: قال مثل قول أبي حنيفة في الميراث والملك المطلق، ولا عبرة للتاريخ في رواية أبي سليمان، سواء أرَّخ أحدهما فقط، أو أرَّخا وتاريخ أحدهما أسبق.

وفي الشراء يعتبر؛ لأن الشراء أمر حادث يثبت بسبب حادث، فكل واحدٍ من المشتريين يثبت الملك لنفسه ملكًا حادثًا لا تعلق لهُ بملك البائع، فمتى أثبته لنفسه في وقت لا ينازعه غيره كان هو أولى، وملك الوارث ليس بملك جديد؛ بل هو عين ما كان ثابتًا للمورث؛ لأن الوراثة خلافة، ولا تأريخ في ملك المورثين، فاستويا. كذا في الذخيرة.

قوله: (كأنهما حضرا) أي: كأن البائعين حضرا أو ادَّعيا.

وقوله: (كما ذكرنا من قبل) إشارة إلى قوله: (فكل واحدٍ منهما) بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن شاء ترك).

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٥٨).

إِذَا كَانَ البَائِعُ وَاحِدًا، لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ المِلْكَ لَا يُتَلَقَّى إِلَّا مِن جِهَتِهِ، فَإِذَا أَثْبَتَ أَحَدُهُمَا تَارِيخًا يُحْكَمُ بِهِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَنَّهُ تَقَدَّمَ شِرَاءُ غَيْرِهِ.

(وَلَوْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا الشِّرَاءَ مِن رَجُلٍ وَالآخَرُ الهِبَةَ وَالقَبْضَ مِن غَيْرِهِ وَالثَّالِثُ المِيرَاثَ مِن أَبِيهِ وَالرَّابِعُ الصَّدَقَةَ وَالقَبْضَ مِن آخَرَ قَضَى بَيْنَهُمْ أَرْبَاعًا) لِأَنَّهُمْ يَتَلَقَّوْنَ المِلْكَ مِن بَاعَتِهِمْ فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُمْ حَضَرُوا وَأَقَامُوا البَيِّنَةَ عَلَى المِلْكِ المُطْلَقِ.

قَالَ: (وَإِنْ أَقَامَ الخَارِجُ البَيِّنَةَ عَلَى مِلْكٍ مُؤَرَّخٍ، وَصَاحِبُ اليَدِ بَيِّنَةً عَلَى مِلْكٍ أَقْدَمَ تَارِيخًا، كَانَ أَوْلَى) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ مُحَمَّدٍ(*). وَعَنْهُ: أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ ذِي اليَدِ رَجَعَ إِلَيْهِ، لِأَنَّ البَيِّنَتَيْنِ قَامَتَا عَلَى مُطْلَقِ

(**لأنهما**) أي: المدعيان (**اتفقا على أن الملك لا يتلقى إلا من جهته**) يقال: تلقاه؛ أي: استقبله بالقبول والأخذ، وإنما حاجة كل واحدٍ إلى إثبات سبب الانتقال إليه لا إلى إثبات الملك، وسبب الملك في حق الذي شهوده وقت أسبق، فكان هو أولى.

قوله: (**يتلقون الملك من باعتهم**) وفي بعض النسخ: (**من بائعهم**) كلاهما بطريق التغليب؛ لأن البائع واحد من المملكين الأربع، فكان المراد منه من مملكهم، وفي بعض النسخ: (**من ملقيهم**) استدلالًا بلفظ يتلقون.

قوله: (**وعنه**) أي: عن محمد.

(**رجع**) أي: محمد (**إليه**) أي: إلى القول بأن بينة ذي اليد في الصور كلها لا تقبل إلا في النتاج، وعند الأئمة الثلاثة بينة ذي [٢/٢٥٦/أ] اليد أولى في كل الوجوه؛ لترجحها باليد.

وفي المبسوط(١): ذكر ابن سماعة في نوادره أن محمدًا رجع عن هذا القول بعد انصرافه من الرقة، وقال: لا أقبل من ذي اليد بينة على تاريخ، ولا عبرة للتاريخ إلا النتاج وما في معناه؛ لأن التاريخ ليس بسبب لأولية الملك، بخلاف النتاج.

(*) الراجح: قول الشيخين.
(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٤٤).

المِلْكِ وَلَمْ يَتَعَرَّضَا لِجِهَةِ المِلْكِ، فَكَانَ التَّقَدُّمُ وَالتَّأَخُّرُ سَوَاءً.

وَلَهُمَا: أَنَّ البَيِّنَةَ مَعَ التَّارِيخِ مُتَضَمِّنَةٌ مَعْنَى الدَّفْعِ، فَإِنَّ المِلْكَ إِذَا ثَبَتَ لِشَخْصٍ فِي وَقْتٍ، فَثُبُوتُهُ لِغَيْرِهِ بَعْدَهُ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالتَّلَقِّي مِن جِهَتِهِ، وَبَيِّنَةُ ذِي اليَدِ عَلَى الدَّفْعِ مَقْبُولَةٌ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ، لَوْ كَانَتْ الدَّارُ فِي أَيْدِيهِمَا وَالمَعْنَى مَا بَيَّنَّا، وَلَوْ أَقَامَ الخَارِجُ وَذُو اليَدِ البَيِّنَةَ عَلَى مِلْكٍ مُطْلَقٍ وَوُقِّتَتْ إِحْدَاهُمَا دُونَ الأُخْرَى، فَعَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ الخَارِجُ أَوْلَى.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: صَاحِبُ الوَقْتِ أَوْلَى(*)، لِأَنَّهُ أَقْدَمُ وَصَارَ كَمَا فِي دَعْوَى الشِّرَاءِ إِذَا أُرِّخَتْ إِحْدَاهُمَا كَانَ صَاحِبُ التَّارِيخِ أَوْلَى.

وقوله: (**ولم يتعرضا لجهة الملك**) احتراز عما لو قامتا على تاريخ في الشراء وأحدهما أسبق؛ فالأسبق أولى، سواء كان البائع واحدًا أو اثنين عندنا، خلافًا للشافعي على قول كما ذكرنا.

قوله: (**متضمنة معنى الدفع**) أي: دفع بينة الخارج على معنى أنها لا تصح إلا بعد إثبات تلقي الملك من قبله فيقبل، أو يقول: إن صاحب الأسبق أثبت الملك لنفسه في وقت لا ينازعه فيه غيره، فهو أولى خارجًا كان أو صاحِب يدٍ؛ وهذا لأن اليد دلت على الملك، ولكن لا يدل على سبق التاريخ، كما وجب قبولهما على النتاج؛ لكون تاريخ النتاج أسبق، فكذا هذا. إليه أشار في المبسوط، والإيضاح.

قوله: (**والمعنى ما بينا**) وهو ما ذكرنا من الدليل في الطرفين.

قوله: (**ووقتت إحداهما دون الأخرى**) قيد بالوقت؛ لأن الخارج وذا اليد لو أقاما على ملك مطلق بلا تاريخ لا تقبل بينة ذي اليد عندنا، خلافًا للأئمة الثلاثة، وإنما وقع الاختلاف بين علمائنا في دعوى الملك المطلق إذا ذكر التاريخ.

قوله: (**وصار كما في دعوى الشراء**) يعني: إذا ادَّعيا من واحد وأرخ أحدهما يقضى للمؤرخ على ما مر، وأمَّا على قولهما: لا عبرة للتاريخ؛ لأن

(*) الراجح: قول أبي حنيفة ومحمد.

وَلَهُمَا: أَنَّ بَيِّنَةَ ذِي اليَدِ إِنَّمَا تُقْبَلُ لِتَضَمُّنِهَا مَعْنَى الدَّفْعِ، وَلَا دَفْعَ هَاهُنَا حَيْثُ وَقَعَ الشَّكُّ فِي التَّلَقِّي مِن جِهَتِهِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا كَانَتْ الدَّارُ فِي أَيْدِيهِمَا وَلَوْ كَانَتْ فِي يَدِ ثَالِثٍ، المَسْأَلَةُ بِحَالِهَا فَهُمَا سَوَاءٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: الَّذِي وَقَّتَ أَوْلَى. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: الَّذِي أَطْلَقَ أَوْلَى، لِأَنَّهُ ادَّعَى أَوَّلِيَّةَ المِلْكِ بِدَلِيلِ اسْتِحْقَاقِ الزَّوَائِدِ وَرُجُوعِ البَاعَةِ بَعْضِهِمْ عَلَى البَعْضِ. وَلِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّ التَّارِيخَ يُوجِبُ المِلْكَ فِي ذَلِكَ الوَقْتِ بِيَقِينٍ. وَالإِطْلَاقُ يَحْتَمِلُ غَيْرَ الأَوَّلِيَّةِ، وَالتَّرْجِيحُ بِالتَّيَقُّنِ؛ كَمَا لَوْ ادَّعَيَا الشِّرَاءَ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ التَّارِيخَ يُضَامُّهُ احْتِمَالُ عَدَمِ التَّقَدُّمِ، فَسَقَطَ اعْتِبَارُهُ، فَصَارَ كَمَا لَوْ أَقَامَا البَيِّنَةَ عَلَى مِلْكٍ مُطْلَقٍ، بِخِلَافِ الشِّرَاءِ، لِأَنَّهُ أَمْرٌ حَادِثٌ فَيُضَافُ إِلَى أَقْرَبِ الأَوْقَاتِ فَيَتَرَجَّحُ جَانِبُ صَاحِبِ التَّارِيخِ.

بينة ذي اليد إنما تقبل إذا كانت متضمنة للدفع، ولا دفع هاهنا؛ لوقوع الشك في تلقي الملك من جهته؛ أي: من جهة ذي اليد؛ لجواز أن شهود الخارج لو وقتوا لكان أقدم، فإذا وقع الشك في تضمنه معنى الدفع فلا يقبل مع الشك.

(**وعلى هذا**) أي: على هذا الخلاف لو كانت الدار في أيديهما، وأرخت إحداهما، فقط سقط التاريخ عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف: الذي وقت أولى، فالوجه ما بينا. كذا في الإيضاح.

قوله: (**والمسألة بحالها**) أي: أرخت إحداهما فقط (**فهما**) أي: الخارجان (**سواء**) وبه قال الشافعي في الأصح ومالك وأحمد.

قوله: (**بدليل استحقاق الزوائد**) وهي الأولاد والأكساب (**ورجوع الباعة بعضهم على بعض**) فلو اقتصر الملك لما رجع، فكان مدعي الملك مدعيًا للملك من الأصل، وملك الأصل أولى من التاريخ.

قوله: (**كما لو ادّعيا الشراء**) أي: من بائع واحد، وأرخ أحدهما فقط ـ كان صاحب التاريخ أولى، كما مر.

قوله: (**يضامه**) أي: يزاحمه، يعني لما وقع احتمال عدم التقدم في التاريخ أنه متقدم أم لا ـ سقط اعتباره.

وقوله: (**بخلاف الشراء**) جواب عن قول أبي يوسف.

قَالَ: (وَإِنْ أَقَامَ الخَارِجُ وَصَاحِبُ اليَدِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا بَيِّنَةً عَلَى النِّتَاجِ: فَصَاحِبُ اليَدِ أَوْلَى) لِأَنَّ البَيِّنَةَ قَامَتْ عَلَى مَا لَا تَدُلُّ عَلَيْهِ فَاسْتَوَيَا، وَتَرَجَّحَتْ بَيِّنَةُ

قوله: (فصاحب اليد أولى) سواء أقامها قبل القضاء للخارج أو بعد القضاء له، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وقال الشافعي في وجهٍ: بينة الخارج أولى بعد القضاء له؛ لأن ملك اليد مقضي بزوالها، فلا ينقض القضاء. وقال في الأصح: بينة ذي اليد أولى بعد القضاء للخارج وقبله. وقال ابن أبي ليلى: بينة الخارج أولى؛ لأنها أكثر إثباتًا، فإنها تثبت أولية الملك بالنتاج، وتثبت استحقاق الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده، وذو اليد لا يثبت بينة استحقاق الملك للخارج بوجه، وهو القياس.

وفي الاستحسان: بينة ذي اليد أولى؛ لما رواه أبو حنيفة، عن الهيثم، عن رجل، عن جابر بن عبد الله: أن رجلًا ادَّعى ناقة نتجها، وأقام ذو اليد البينة أنها نتجها «فَقَضَى رَسُولُ اللهِ ﷺ بِهَا لِلذِي فِي يدِهِ»(١)، ولأنه يثبت ببينته ما ليس بثابت بظاهر يده، وهو أولية الملك، فوجب قبولها بترجح باليد، بخلاف الملك المطلق؛ لأنه ما يثبت ببينته إلا ما يثبت بظاهر يده.

ومعنى هذا الكلام أن حاجة ذي اليد إلى دفع بينة الخارج، وفي الإقامة على النتاج ذلك؛ لأن النتاج لا يتكرر فيدفع بينة الخارج؛ لأن ملكه في الحال لا يبقى ملكًا كان للخارج فيه من قبل، وإنما تقبل بينته بعد القضاء للخارج؛ لأن الخارج بينته لم تستحق على ذي اليد شيئًا، فلم يصر ذو اليد مقضيًّا عليه، فتسمع بينته كما تسمع بينة أجنبي آخر.

وفي دعوى الملك المطلق لو تفرد الخارج بإقامة البينة وقضى له ثم أقام صاحب اليد بينة أنه له لا تسمع؛ لأن الخارج ببينته استحق على ذي اليد الملك

---

(١) أخرجه الدار قطني (٥/ ٣٧٣ رقم ٤٤٧٧) والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٢٥٦ رقم ٢١٧٥٨) من طريق أبي حنيفة، عن هيثم الصيرفي، عن الشعبي، عن جابر رضي الله عنه.
قال ابن الملقن: زيد بن نعيم الراوي عن محمد بن الحسن لا يعرف في غير هذا الحديث، قاله الذهبي في الميزان، قال ابن القطان في كتاب «الوهم والإيهام»: هو رجل لا يعرف حاله. البدر المنير (٩/ ٦٩٥).

ذِي اليَدِ بِاليَدِ فَيُقْضى لَهُ وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ، خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ عِيسَى بْنُ أَبَانَ: إِنَّهُ تَتَهَاتَرُ البَيِّنَتَانِ وَيُتْرَكُ فِي يَدِهِ لَا عَلَى طَرِيقِ القَضَاءِ، وَلَوْ تَلْقَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا المِلْكَ مِن رَجُلٍ أَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَى النِّتَاجِ عِنْدَهُ، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ إِقَامَتِهَا عَلَى النِّتَاجِ فِي يَدِ

الثابت [٢/٢٥٦/ب] له بظاهر اليد، فصار ذو اليد مقضيًّا عليه، فلا تسمع بينته بعد ذلك، بخلاف النتاج. إليه أشار في المبسوط، والذخيرة.

فإن قيل: يشكل على هذا ما لو ادَّعى ذو اليد النتاج، والخارج أن ذا اليد غصبه منه أو أجره أو أعاره أو أودعه أو رهنه فبينة الخارج أولى.

قلنا: إن بينة الخارج أكثر إثباتًا في هذه الصور؛ لأنها تثبت الفعل على ذي اليد، وهو الغصب أو الاستئجار ونحوهما، وأنه ليس بثابت أصلًا، وذو اليد ادَّعى أولية الملك، واليد لا تدل عليها؛ بل تدل على أصل الملك، فكان ما ادعاه ذو اليد ثابتًا من وجه بظاهر يده، وما ادَّعاه الخارج من الفعل غير ثابت أصلًا، فكانت بينته أكثر إثباتًا.

قال شيخ الإسلام: إليه أشار محمد. كذا في الذخيرة.

قوله: (**خلافًا لما يقوله عيسى بن أبان**) قال عيسى: الطريق عندي في النتاج تهاتر البينتين؛ ليتيقن القاضي بكذب أحدهما؛ إذْ لا تصور لنتاج دابة من دابتين، فصار كأنهما لم يقيما بينة، ولو لم يقيما بينة يقضى لصاحب اليد قضاء ترك حتى يحلف ذو اليد للخارج، كذا ههنا.

وهذا ليس بصحيح، فإن محمدًا ذكر في خارجين أقاما بينة على النتاج أنه يقضى بينهما نصفين، ولو كان الطريق ما قاله لكان ترك في يد ذي اليد، فعلم أن القضاء لذي اليد قضاء استحقاق، حتى لا يحلف ذو اليد للخارج. كذا في الذخيرة، والمبسوط(١).

قوله: (**عنده**) الضمير راجعٌ إلى رجل.

في الذخيرة: صورة المسألة: عبد في يد رجل، ادعاه رجل أنه عبده اشتراه من فلان، وأنه قد ولد في ملك فلان الذي باعه، وأقام على ذلك بينة، وأقام صاحب اليد بينة أنه عبده اشتراه من فلان ـ يريد به رجلًا آخر ـ وأنه قد ولد في ملك فلان الذي باعه ـ قضي به لذي اليد؛ لأن كل واحدٍ خصم في إثبات نتاج

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٦٤).

نَفْسِهِ (وَلَوْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمِلْكِ وَالْآخَرُ عَلَى النِّتَاجِ، فَصَاحِبُ النِّتَاجِ أَوْلَى أَيُّهُمَا كَانَ) لِأَنَّ بَيِّنَتَهُ قَامَتْ عَلَى أَوَّلِيَّةِ الْمِلْكِ، فَلَا يَثْبُتُ لِلْآخَرِ إِلَّا بِالتَّلَقِّي مِن جِهَتِهِ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَتْ الدَّعْوَى بَيْنَ خَارِجَيْنِ، فَبَيِّنَةُ النِّتَاجِ أَوْلَى لِمَا ذَكَرْنَا (وَلَوْ قُضِيَ بِالنِّتَاجِ لِصَاحِبِ الْيَدِ، ثُمَّ أَقَامَ ثَالِثٌ الْبَيِّنَةَ عَلَى النِّتَاجِ، يُقْضَى لَهُ إِلَّا أَنْ يُعِيدَهَا ذُو الْيَدِ) لِأَنَّ الثَّالِثَ لَمْ يَصِرْ مَقْضِيًّا عَلَيْهِ بِتِلْكَ الْقَضِيَّةِ، وَكَذَا الْمَقْضِيُّ عَلَيْهِ بِالْمِلْكِ الْمُطْلَقِ إِذَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى النِّتَاجِ تُقْبَلُ وَيُنْقَضُ الْقَضَاءُ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ النَّصِّ.

بائعه، كما هو خصم في إثبات بائعه، ولو حضر البائعان وأقاما البينة على النتاج كان ذو اليد أولى، فهذا مثله، ولا يعلم فيه خلاف.

وفي المبسوط ـ بعد ذكر هذه المسألة ـ: وكذلك لو أقام بينة على وراثة أو وصية، أو هبة مقبوضة من رجل، وأنه ولد في ملك ذلك الرجل، لا يتلقى الملك من جهة مورثه أو موصيه، فيكون خصمًا في إثبات نتاجه[(١)].

قوله: (فصاحبُ النتاج أولى) وبه قال الشافعي في القول الأصح ومالك وأحمد، وفي قول: بينة صاحب اليد أولى، وفي الخارجين بينة النتاج أولى بلا خلاف.

وقوله: (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله: (إن بينة صاحب النتاج تدل على أولية الملك).

وقوله: (إلا أن يعيدها ذو اليد) أي: فحينئذٍ يقضى له، وإلا فلا؛ لأن القضاء بالبينة الأولى كان على خصمه خاصة، فجعل إقامتها في حق الثاني وجودها كعدمها، فلم يصر الثالث مقضيًّا بتلك القضية؛ لأن التملك بالنتاج لا يكون استحقاقًا على أحد؛ لأنه تبين أنه من الابتداء كان ملكًا له، وهو لا يتكرر.

قوله: (**وكذا المقضي عليه بالملك المطلق**) يعني ادعى الخارج وذو اليد الملك المطلق وبرهنا يقضى على ذي اليد بالملك عندنا، خلافًا للشافعي ومالك، ثم إن ذا اليد المقضي عليه بالملك المطلق لو أقام بينة على النتاج تقبل، وينتقض به القضاء الأول؛ (**لأنه بمنزلة النص**) أي: نص ترك بخلاف

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٦٨).

قَالَ: (وَكَذَلِكَ النَّسْجُ فِي الثِّيَابِ الَّتِي لَا تُنْسَجُ إِلَّا مَرَّةً كَغَزْلِ القُطْنِ وَكَذَلِكَ كُلُّ

الاجتهاد فينقض الاجتهاد به، فكذا هنا، وهذا لأنه ظهر أنه قضى للمدعي بمطلق الملك مع بينة ذي اليد على النتاج، والقضاء للمدعي في هذه الحالة باطل، فينقض، وهذا استحسان، والقياس: ألا تقبل؛ لأنه صار مقضيًّا عليه بالملك، فلا تقبل بينته إلا أن يدَّعي تلقي الملك مِن جهة المقضي له.

وفي الاستحسان: لا يتصور استحقاق هذا الملك عليه، فلم يصر ذو اليد مقضيًّا عليه لظهور أولية الملك وبطلان القضاء له، بخلاف الملك المطلق؛ لأنه صار مقضيًّا عليه، وينبغي ألا ينقض القضاء ببينة ذي اليد على النتاج؛ لأن القضاء صادف موضع الاجتهاد.

فعند ابن أبي ليلى: بينة الخارج أولى مع بينة ذي اليد على النتاج، ولكن ينقض؛ لأن بينة ذي اليد ما كانت ثابتة عند القضاء، فترجح باجتهاده بينة الخارج، فلم يكن قضاء عن اجتهاد، بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد، فإذا أقام حجة الدفع انتقض القضاء الأول. كذا في المبسوط[1].

قوله: (**وكذلك النسج في الثياب**) إلى آخره؛ أي: كالنتاج في أنه لا يتكرر.

وفي المحيط: النتاج عبارة عن أولية الملك، [٢/٢٥٧/أ] فكل سبب يشعر بأولية الملك فهو كالنتاج، وكل ما يتكرر فيه سبب الملك ويصنع مرتين لم يكن في معنى النتاج.

وإن كان مشكلًا: هل يتكرر أم لا؟

في رواية أبي حفص: يلحق بما يتكرر، وفي رواية أبي سليمان: يلحق بما لا يتكرر، فالبناء وغرس الشجر والقطن النابت وزرع الحنطة والحبوب يتكرر، وتسوية اللحم وكتابة المصحف وانحطاط الدار وضرب اللبن والخياطة والقطع والجسور والصياغة تتكرر أيضًا؛ لأن هذه الأشياء تفعل مرتين، واتخاذ الجبن والطحن والعصر وجز الصوف وغزل القطن لا يتكرر، فالنسج في الثوب المتخذ من غزل القطن والإبريسم لا يتكرر، وفي الثوب المنسوج من الصوف والشعر يتكرر.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٧٨).

سَبَبٍ فِي المِلْكِ لَا يَتَكَرَّرُ) لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى النِّتَاجِ كَحَلْبِ اللَّبَنِ وَاتِّخَاذِ الجُبْنِ وَاللِّبَدِ

فإن قيل: جز الصوف ليس بسبب لأولية الملك؛ لأن الصوف على ظهر الغنم ملك له قبل الجز، فكيف يكون في معنى البناء؟

قلنا: نعم ولكنه قبل الجز كوصف الشاة؛ ولهذا لا يجوز بيعه، فلم يكن مالًا مقصودًا، وبالجز يكون مالًا مقصودًا.

في المغرب[(١)]: المِرْعِزَّى، بكسر الميم والعين، فإذا شَدَّدْتَ الزاءَ قَصَرْتَ، وإذا خَفَّفْتَ مَدَدْتَ، وقد يقال: مَرْعِزاء، بفتح الميم مُخَفَّفًا ممدودًا، وهي كالصوف تحت شعر العنز، والميم فيه زائدة.

والخَزُّ: اسم دابة[(٢)]، ثم سُمِّي الثوبُ المُتَّخَذُ من وَبَرِه خَزًّا، قيل: هو يُنسَج، فإذا بَلِيَ يغزل مرة أخرى، ثم ينسج.

قوله: **(كحلب اللبن)** إلى آخره.

وذكر في المبسوط[(٣)] في حلب اللبن واتخاذ الجبن: هذه المسألة على خمسة أوجه:

أحدها: ادَّعى كلٌّ أنه صنعه في ملكه، فهو لذي اليد.

والثاني: أنهما برهنا أن اللبن الذي صنع منه هذا الجبن ملكه - يقضى به للخارج؛ لأن أصل المنازعة في اللبن، وكل واحدٍ برهن على الملك المطلق.

والثالث: لو برهنا أنه حلب اللبن الذي صنع منه هذا الجبن من شاته في ملكه، فيقضى به لذي اليد؛ لأن الحلب في اللبن لا يتكرر، فكان في معنى النتاج.

والرابع: لو برهنا أن الشاة التي حلب منها هذا اللبن صنع منه هذا الجبن ملكه فيقضى به للخارج؛ لأن المنازعة في ملك الشاة، وبينة كل واحد قامت على الملك المطلق.

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ١٩١).
(٢) هو الأرنب، يُسَمَّى خُزَز، والخَزُّ مشتق منه. لسان العرب (٥/ ٣٤٥).
(٣) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٧٥).

وَالمِرْعِزَّى وَجَزِّ الصُّوفِ، وَإِنْ كَانَ يَتَكَرَّرُ قُضِيَ بِهِ لِلْخَارِجِ بِمَنْزِلَةِ المِلْكِ المُطْلَقِ، وَهُوَ مِثْلُ الخَزِّ وَالبِنَاءِ وَالغَرْسِ وَزِرَاعَةِ الحِنْطَةِ وَالحُبُوبِ، فَإِنْ أَشْكَلَ يَرْجِعُ إِلَى أَهْلِ الخِبْرَةِ، لِأَنَّهُمْ أَعْرَفُ بِهِ، فَإِنْ أَشْكَلَ عَلَيْهِمْ قُضِيَ بِهِ لِلْخَارِجِ، لِأَنَّ القَضَاءَ بِبَيِّنَتِهِ هُوَ الأَصْلُ وَالعُدُولُ عَنْهُ بِخَبَرِ النِّتَاجِ، فَإِذَا لَمْ يَعْلَمْ يَرْجِعُ إِلَى الأَصْلِ.

قَالَ: (وَإِنْ أَقَامَ الخَارِجُ البَيِّنَةَ عَلَى المِلْكِ المُطْلَقِ، وَصَاحِبُ اليَدِ البَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ مِنْهُ: كَانَ صَاحِبُ اليَدِ أَوْلَى) لِأَنَّ الأَوَّلَ إِنْ كَانَ يَدَّعِي أَوَّلِيَّةَ المِلْكِ فَهَذَا تَلَقَّى مِنْهُ، وَفِي هَذَا لَا تَنَافِي فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِالمِلْكِ لَهُ ثُمَّ ادَّعَى الشِّرَاءَ مِنْهُ.

قَالَ: (وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ مِن الآخَرِ، وَلَا تَارِيخَ

والخامس: برهنا أن الشاة التي حلب منه هذا اللبن الذي صنع منه هذا الجبن شاته، ولدت في ملكه فيقضى لذي اليد.

قوله: **(وإن أشكل يرجع إلى أهل الخبرة؛ لأنهم أعرف به)** والواحد منهم يكفي، والاثنان أحوط، قال تعالى: ﴿فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل:٤٣] **(وإن أشكل عليهم)** أي: على أهل الخبرة **(قضي به للخارج؛ لأن القضاء ببينة الخارج هو الأصل)** عندنا، وإنما عدلنا عن الأصل بخبر النتاج، وهو ما روي أنه عليه الصلاة والسلام «قَضَى فِي تَعارُضِ بَيِّنتي النّتَاجِ لِذِي اليَدِ» وقد مرَّ من حديث جابر.

قوله: **(كل واحدٍ منهما على الشراء من الآخر)**.

في المبسوط: أقام ذو اليد بينة أنه اشتراه من الخارج ونقد الثمن، والخارج أقام بينة أنه اشتراه من ذي اليد ونقد الثمن، فعلى قول أبي حنيفة تهاترت البينتان، سواء شهدوا بالقبض أو لا[1].

وقال الشافعي في قول، ومالك وأحمد في رواية منهما: بينة ذي اليد أولى ووضع المسألة في المبسوط بين الخارج وذي اليد.

وذكر في الذخيرة: سواءٌ كان المبيع في يد أحدهما أو في يد ثالث،

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٦٠).

مَعَهُمَا، تَهَاتَرَتْ الْبَيِّنَتَانِ، وَتُتْرَكُ الدَّارُ فِي يَدِ ذِي الْيَدِ) قَالَ: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَعَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ: يَقْضِي بِالْبَيِّنَتَيْنِ وَيَكُونُ لِلْخَارِجِ(*)، لِأَنَّ الْعَمَلَ بِهِمَا مُمْكِنٌ، فَيَجْعَلُ كَأَنَّهُ اشْتَرَى ذُو الْيَدِ مِن الآخَرِ وَقَبَضَ ثُمَّ بَاعَ الدَّارَ، لِأَنَّ الْقَبْضَ دَلَالَةُ السَّبْقِ عَلَى مَا مَرَّ، وَلَا يَعْكِسُ الأَمْرَ، لِأَنَّ الْبَيْعَ قَبْلَ الْقَبْضِ لَا يَجُوزُ وَإِنْ كَانَ فِي الْعَقَارِ عِنْدَهُ. وَلَهُمَا: أَنَّ الْإِقْدَامَ عَلَى الشِّرَاءِ إِقْرَارٌ مِنهُ بِالمِلْكِ لِلْبَائِعِ، فَصَارَ كَأَنَّهُمَا قَامَتَا عَلَى الْإِقْرَارَيْنِ وَفِيهِ التَّهَاتُرُ بِالْإِجْمَاعِ، كَذَا هَاهُنَا، وَلِأَنَّ السَّبَبَ يُرَادُ لِحُكْمِهِ وَهُوَ المِلْكُ وَلَا يُمْكِنُ الْقَضَاءُ لِذِي الْيَدِ إِلَّا بِمِلْكٍ مُسْتَحَقٍّ، فَبَقِيَ الْقَضَاءُ لَهُ بِمُجَرَّدِ السَّبَبِ وَأَنَّهُ لَا يُفِيدُهُ.

والثالث يجحد، وسواء شهدوا بالقبض أو لا، وسواء كان الثمنان على السواء، أو أحدهما أنقص، فإن كان المبيع في يد أحدهما يترك في يده قضاء ترك على الروايات كلها، وإن كان في يد ثالث يقضى بين المدعيين نصفين إن كان لا يقضى بين العقدين في رواية الجامع، وذكر في الباب الطويل في الجامع: يترك في يد الثالث قضاء ترك.

قوله: **(ولا يعكس الأمر)** أي: لا يجعل كأن الخارج اشتراه من ذي اليد أولًا، ثم باعه من ذي اليد؛ لأن في ذلك يلزم بيع المبيع قبل القبض، وهذا لا يجوز، وإن كان في العقار عند محمد، ولئن [أتم](١) القبض حتى يصح فيقول: ذا زيادة على ما كانت البينة، فلا يجوز هذا إذا لم يشهدوا بالقبض، فلو شهد الفريقان بالقبض تهاترا بالإجماع كما يجيء.

قوله: **(ولا يمكن القضاء لذي اليد إلا بملك مستحق)** يعني: لو قضينا ببينة صاحب اليد كان هذا قضاء بالعقد ليزول ملكه إلى غيره، والسبب لا يراد لنفسه، وإنما يراد لحكمه، فإذا لم يقع الحكم له في المال لم يكن السبب معتبرًا. كذا في الإيضاح.

ولأن البينتين لما تعارضتا، والتنافي يتحقق من موجبهما، فتعين التهاتر؛ إذْ

(*) الراجح: قول الشيخين.

(١) كذا رسمت في الأصول الخطية.

ثُمَّ لَوْ شَهِدَتِ البَيِّنَتَانِ عَلَى نَقْدِ الثَّمَنِ: فَالأَلْفُ بِالأَلْفِ قِصَاصٌ عِنْدَهُمَا إِذَا اسْتَوَيَا، لِوُجُودِ قَبْضٍ مَضْمُونٍ مِن كُلِّ جَانِبٍ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدُوا عَلَى نَقْدِ الثَّمَنِ فَالقِصَاصُ مَذْهَبُ مُحَمَّدٍ لِلْوُجُوبِ عِنْدَهُ. وَلَوْ شَهِدَ الفَرِيقَانِ بِالبَيْعِ وَالقَبْضِ تَهَاتَرَتَا بِالإِجْمَاعِ، لِأَنَّ الجَمْعَ غَيْرُ مُمْكِنٍ عِنْدَ مُحَمَّدٍ لِجَوَازِ كُلِّ وَاحِدٍ مِن البَيْعَيْنِ بِخِلَافِ الأَوَّلِ.

وَإِنْ وُقِّتَتْ البَيِّنَتَانِ فِي العَقَارِ وَلَمْ تُثْبِتَا قَبْضًا وَوَقْتُ الخَارِجِ أَسْبَقُ يُقْضَى لِصَاحِبِ اليَدِ عِنْدَهُمَا، فَيُجْعَلُ كَأَنَّ الخَارِجَ اشْتَرَى أَوَّلًا ثُمَّ بَاعَ قَبْلَ القَبْضِ مِن صَاحِبِ اليَدِ، وَهُوَ جَائِزٌ فِي العَقَارِ عِنْدَهُمَا.

لا يمكن أن يجعل كل واحدٍ منهما [٢/٢٥٧/ب] بائعًا ومشتريًا في ساعة واحدة، ولا دليل على السبق، ولا رجحان لإحداهما على الأخرى.

قوله: (للوجوب عنده) أي: لوجوب الثمن عند محمد، فإن البيعين لما ثبتا عنده كان كل واحدٍ موجبًا للثمن عند مشتريه، فتَقَاصَّ الوجوب بالوجوب عنده.

قوله: (تهاترتا بالإجماع) لكن على اختلاف التخريج، فعندهما باعتبار أن دعواهما مثل هذا البيع إقرار من كل واحدٍ بملك صاحبه، وفي مثل هذا تهاتر، وعند محمد باعتبار أن يقع كل واحدٍ منهما جائزًا لوجود البيع بعد القبض، وليس في البيعين ذكر تاريخ حتى يجعل أحدهما سابقًا، ولا يمكن أن يجعل كل واحدٍ منهما بائعًا ومشتريًا في ساعة واحدة، وهو معنى **قوله: (لأن الجمع غير ممكن)** إلى آخره.

وفي الكافي: وهذا يخالف ما ذكر في المبسوط والجامع الكبير وغيرهما، فإنه ذكر فيها: لو شهدوا بالعقد والقبض يقضى بالبينتين عنده، فيقضى بها لذي اليد؛ إذِ العمل بالبينتين ممكن، بأن يجعل كأنَّ ذا اليد باعها وسلمها، ثم الخارج باعها وسلمها، بخلاف ما إذا لم يذكروا القبض حتى يقضى بها للخارج؛ لأنهما ما أثبتا القبض بالشهادة، وقد ثبت القبض عيانًا، وهي دلالة السبق، فجعلنا ذا اليد مشتريًا من الخارج أولًا، وقد قبضها ثم باعها من الخارج، فيؤمر بتسليمها إليه، وقد ذكرنا وجه ما ذكر في المتن.

قوله: (وإن وقتت البينتان في العقار) قيد بالعقار؛ ليظهر ثمرة الخلاف كما ذكرنا.

قوله: (وإن أثبتا قبضًا يقضى بها لصاحب اليد) أي: بالاتفاق؛ لأنه يجعل

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: يَقْضِي لِلْخَارِجِ(*)، لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ لَهُ بَيْعُهُ قَبْلَ القَبْضِ فَبَقِيَ عَلَى مِلْكِهِ، وَإِنْ أَثْبَتَا قَبْضًا يَقْضِي لِصَاحِبِ اليَدِ، لِأَنَّ البَيْعَيْنِ جَائِزَانِ عَلَى القَوْلَيْنِ، وَإِنْ كَانَ وَقْتُ صَاحِبِ اليَدِ أَسْبَقَ يُقْضَى لِلْخَارِجِ فِي الوَجْهَيْنِ، فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ اشْتَرَاهَا ذُو اليَدِ وَقَبَضَ ثُمَّ بَاعَ وَلَمْ يُسَلِّمْ أَوْ سَلَّمَ ثُمَّ وَصَلَ إِلَيْهِ بِسَبَبٍ آخَرَ.

قَالَ: **(وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُ المُدَّعِيَيْنِ شَاهِدَيْنِ وَالآخَرُ أَرْبَعَةً: فَهُمَا سَوَاءٌ)** لِأَنَّ شَهَادَةَ كُلِّ الشَّاهِدِينَ عِلَّةٌ تَامَّةٌ كَمَا فِي حَالَةِ الِانْفِرَادِ، وَالتَّرْجِيحُ لَا يَقَعُ بِكَثْرَةِ العِلَلِ، بَلْ بِقُوَّةٍ فِيهَا عَلَى مَا عُرِفَ.

قَالَ: **(وَإِذَا كَانَتْ دَارٌ فِي يَدِ رَجُلٍ ادَّعَاهَا اثْنَانِ، أَحَدُهُمَا جَمِيعَهَا، وَالآخَرُ نِصْفَهَا، وَأَقَامَا البَيِّنَةَ، فَلِصَاحِبِ الجَمِيعِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا، وَلِصَاحِبِ النِّصْفِ رُبْعُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)** اعْتِبَارًا بِطَرِيقِ المُنَازَعَةِ، فَإِنَّ صَاحِبَ النِّصْفِ لَا يُنَازِعُ الآخَرَ فِي النِّصْفِ فَسَلَّمَ لَهُ بِلَا مُنَازِعٍ وَاسْتَوَتْ مُنَازَعَتُهُمَا فِي النِّصْفِ الآخَرِ فَيُنَصَّفُ بَيْنَهُمَا **(وَقَالَا: هِيَ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا)**(**) فَاعْتَبَرَا طَرِيقَ العَوْلِ وَالمُضَارَبَةِ، فَصَاحِبُ الجَمِيعِ

أن الخارج باعها من بائعه بعدما قبضها، فكان بيع المبيع بعد القبض، وذلك جائزٌ بالاتفاق.

قوله: (في الوجهين) أي: سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا به.

قوله: (فهما سواء) ولا ترجيح بكثرة العدد، وبه قال الشافعي في الجديد، ومالك في المشهور منه وأحمد. وقال الأوزاعي والشافعي في القديم، ومالك في رواية: يرجح بزيادة العدد؛ لأن القلب إلى قولهم أميل، وعند مالك يرجح بزيادة العدالة، فيقضى بأعدل البينتين، وقد مرَّ على ما عرف في أصول الفقه.

قوله: (فيُنَصَّفُ بينهما) وقال الشافعي في قول: استعمال البينتين في النصف. وقال مالك، وأحمد في رواية، وعن مالك في رواية: يقسم الدار بينهما أثلاثًا كما قالا، وفي قول التهاتر: يحلف صاحب اليد لهما في النصف الذي تعارضت البينتان.

(*) الراجح: قول الشيخين.

(**) الراجح: قول أبي حنيفة.

يَضْرِبُ بِكُلِّ حَقِّهِ سَهْمَيْنِ وَصَاحِبُ النِّصْفِ بِسَهْمٍ وَاحِدٍ فَتُقَسَّمُ أَثْلَاثًا، وَلِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ نَظَائِرُ وَأَضْدَادٌ لَا يَحْتَمِلُهَا هَذَا الْمُخْتَصَرُ وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي الزِّيَادَاتِ. قَالَ: ....

قوله: (يضرب بكل حقه) أي: يأخذ بحسب كل حقه سهمين.

وفي المغرب: وقال الفقهاء: فلان يضرب فيه بالثلث؛ أي: يأخذ منه شيئًا بحكم ماله من الثلث(١).

قوله: (ولهذه المسألة نظائر) ومن نظائرها: الموصى له بجميع المال وبنصفه عند إجازة الورثة، أو الموصى له بعين مع الموصى له بنصف تلك العين إذا لم يكن له مال سواه.

ومن أضدادها: العبد المأذون المشترك إذا ادَّانَهُ أحد المولَيين مائة درهم، وأجنبي مائة درهم، ثم بيع بمائة؛ فالقسمة بين مولى المدين والأجنبي عند أبي حنيفة بطريق العول أثلاثًا، وعندهما بطريق المنازعة أرباعًا، وكذلك المدبر إذا قتل رجلًا خطأ، وآخر عمدًا، وللمقتول عمدًا ابنان، فعفا أحدهما ثم دفع العبد بالجنايتين، ومما اتفقوا على أن القسمة فيها بطريق العول: التركة بين الورثة والغرماء إذا ضاقت التركة عن إيفاء حقوقهم، والموصى له بالثلث مع الوصى له بالسدس إذا لم يجز الورثة.

ومما اتفقوا على أن القسمة بطريق المنازعة: فضولي باع عبد رجل بغير أمره، وباع فضولي آخر نصفه، وأجاز المولى البيعين؛ فالقسمة بين المشتريين بطريق المنازعة [أرباعًا.

ثم المعنى الواجب للقسمة على طريق المنازعة](٢) عند أبي حنيفة شيئان:

أحدهما: أن القسمة متى وجبت ابتداء في العين بحق ثبت لكل واحدٍ على وجه التمييز والتعيين بطريق النزاع، كما إذا تنازعا في خاتم؛ أحدهما يدعي كله، والآخر نصفه؛ فالحلقة للأول والفص بينهما.

والثاني: أن يكون حق أحدهما في كل العين، وحق الآخر في البعض

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٢٨٢).
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

....

الشائع؛ فالقسمة بطريق النزاع؛ لأنه ليس في معنى المواريث؛ إذْ ليس في المواريث من يستحق كل التركة ويستحق الآخر بعضه، أو ثبت حق بعض الورثة على وجه التعيين والتمييز بحال، والعول ثبت بخلاف القياس بإجماع الصحابة؛ إذْ يستحيل أن يكون في المال نصفان وثلث، أو ثلثان ونصف، فيقتصر عليه إلا إذا كان غيره بمعناه، ويخرج على هذا الأصل أربع مسائل؛ ثلاث مختلف فيها:

أحدها: إذا تنازعا في الدار أحدهما يدعي كلها [٢/٢٥٨/أ] والآخر نصفها.

والثانية: إذا أوصى بجميع ماله لرجل ولآخر بنصفه، وأجازت الورثة.

الثالثة: أوصى بعين لرجل وبنصفها لآخر؛ فالقسمة فيها نزاعية عنده، عولية عندهما.

والرابعة: فضولي باع إلى آخر ما ذكرنا؛ فالقسمة نزاعية، والمعنى الموجب للقسمة بطريق النزاع عندهما شيئان:

أحدهما: ما ذكره أبو حنيفة، أو لأن الحقين متى ثبتا على وجه التمييز والتعيين فالقسمة نزاعية.

والثاني: أن الحقين متى وجبا في وقتين مختلفين، سواء كانا شائعين، أو أحدهما والآخر معين؛ فالقسمة نزاعية اعتبارًا لتمييز الوقت المختلف على التمييز في حق المختلف.

بيانه في المسائل الخمس المختلفة: أن ثبوت الحق في وقتين مختلفين؛ لأن العفو يتعاقب، وكذا الإدانة في وقتين مختلفين، وفي بيع الفضولي وقت ثبوت الحق يختلف؛ لأن الكل عند الإجازة يستند إلى وقت البيع، وهو مختلف.

ثم اعلم أن المعنى الموجب للعول والمضاربة شيئان:

أحدهما: ثبوت الحق في الذمة، وقسمة العين من ثمراته، كما في المواريث والوصايا والديون المجتمعة في التركة.

....

والثاني: ثبوت كلا الحقين في العين ابتداء؛ لكن على سبيل الشيوع كما في المواريث ونحوها، فإن حق كل واحدٍ من الورثة يثبت على وجه الشيوع دون التعيين، فأينما وجد أحد هذين المعنيين يقسم بطريق العول والمضاربة عنده، ويخرج على هذا الأصل خمس مسائل، منها ثلاث عفوية:

إحداها: قتل عبدٌ رجلًا خطأ وآخر عمدًا، وللمقتول عمدًا وليان إلى آخر ما ذكرنا؛ لأن القسمة إنما وجبت بحق يثبت في ذمة المولى؛ إذِ الأصل في جناية الخطأ أن يباعد الواجب عن الجاني فيجب في ذمة المولى، ويخير بين الدفع والفداء.

والثانية: إذا كان الجاني مدبرًا تقسم القيمة أثلاثًا لهذا المعنى.

والثالثة: أم ولد قتلت مولاها عمدًا وأجنبيًّا عمدًا، ولكل واحدٍ وليان، فعفا أحد وَلِيَّيْ كلِّ واحد على التعاقب سعت في ثلاثة أرباع قيمتها، وللساكت من ولي الأجنبي ربع القيمة منها، ويقسم نصف القيمة أثلاثًا لهذا المعنى.

والرابعة: عبد مأذون مشترك ادَّانَهُ أحد المولِيين إلى آخر ما ذكرنا يقسم ثمنه بينهما أثلاثًا؛ لأن الدين وجب في الذمة أيضًا.

والخامسة: ادَّانَهُ أجنبي مائة، وأجنبي آخر خمسين يقسم أثلاثًا لهذا المعنى.

هذه المسائل المختلفة على المعنى الأول، وأما على المعنى الثاني يخرج ست مسائل:

إحداها: الميراث.

والثانية: الديون في التركة.

والثالثة: إذا أوصى بثلث ماله، والآخر بربعه، والآخر بسدسه، ولم يجز الورثة يقسم الثلث بينهم على طريق العول.

والرابعة: الوصية بالمحاباة، بأن أوصى بأن يباع عبد قيمته ثلاثة آلاف من هذا الرجل بألف، وأوصى لآخر أن يباع منه هذا العبد الذي يساوي ألفي درهم بألف درهم؛ كان الثلث بينهما بطريق العول.

(وَلَوْ كَانَتْ فِي أَيْدِيهِمَا، سَلِمَ لِصَاحِبِ الجَمِيعِ، نِصْفُهَا عَلَى وَجْهِ القَضَاءِ، وَنِصْفُهَا لَا عَلَى وَجْهِ القَضَاءِ) لِأَنَّهُ خَارِجٌ فِي النِّصْفِ فَيَقْضِي بِبَيِّنَتِهِ، وَالنِّصْفُ الَّذِي فِي يَدَيْهِ صَاحِبُهُ لَا يَدَّعِيهِ، لِأَنَّ مُدَّعَاهُ النِّصْفُ وَهُوَ فِي يَدِهِ سَالِمٌ لَهُ، وَلَوْ لَمْ يَنْصَرِفْ إِلَيْهِ دَعْوَاهُ كَانَ ظَالِمًا بِإِمْسَاكِهِ وَلَا قَضَاءَ بِدُونِ الدَّعْوَى فَيُتْرَكُ فِي يَدِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا تَنَازَعَا فِي دَابَّةٍ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهَا نَتَجَتْ عِنْدَهُ، وَذَكَرَا تَارِيخًا، وَسِنُّ الدَّابَّةِ يُوَافِقُ أَحَدَ التَّارِيخَيْنِ: فَهُوَ أَوْلَى) لِأَنَّ الحَالَ يَشْهَدُ لَهُ فَيَتَرَجَّحُ

والخامسة: الوصية بالعتق، بأن أوصى أن يعتق من هذا العبد نصفه، ومن العبد الآخر ثلثه، وذلك لا يخرج من الثلث، يقسم الثلث بينهما على طريق العول.

والسادسة: الوصية بألف مرسلة، ولآخر بألفين كان الثلث بطريق العول.

والسابعة: عبد فقأ عين رجل، وقتل آخر خطأ، فدفع بهما يقسم الجاني أثلاثًا، وذكر شمس الأئمة السرخسي هذه المسألة مختلف فيها.

والثامنة: إذا كان الجاني مدبرًا تقسم القيمة أثلاثًا، وهاتان المسألتان تخرجان على المعنى الأول، والمعنى الموجب للعول عندهما شيء واحد، وهو أن الحقوق متى ثبتت على الشيوع وفي وقت واحدٍ كانت القسمة عولية، سواء كان الشيوع في الحقوق كلها أو بعضها اعتبارًا بالمواريث وأخواتها؛ لأن الحقوق تثبت ثمة على وجه الشيوع في وقتٍ واحد، وهو حالة الموت، فاستوت الحقوق في القوة، فيلحق بها ما كان في معناه، وهو الديون المتفاوتة إذا اجتمعت في التركة، والعبد المدبر إذا فقأ عين رجل وقتل آخر خطأ؛ لأن الحقين ثبتا في وقت الدفع، وفي مسألة دعوى الدار الحق إنما ثبت بقضاء القاضي. كذا في الكتب.

قوله: (ولو كانت في أيديهما) أي: الدار في أيديهما وبرهنا؛ فالدار كلها لصاحب الجميع كما ذكر في الكتاب، وبه قال أحمد في رواية. وقال الشافعي ومالك وأحمد في رواية: بقيت الدار في يديهما كما كانت؛ لترجح بينة صاحب اليد باليد.

(وَإِنْ أَشْكَلَ ذَلِكَ كَانَتْ بَيْنَهُمَا) لِأَنَّهُ سَقَطَ التَّوْقِيتُ فَصَارَ كَأَنَّهُمَا لَمْ يَذْكُرَا تَارِيخًا.

وَإِنْ خَالَفَ سِنُّ الدَّابَّةِ الوَقْتَيْنِ بَطَلَتْ البَيِّنَتَانِ، كَذَا ذَكَرَهُ الحَاكِمُ الشهيد رحمه الله، لِأَنَّهُ ظَهَرَ كَذِبُ الفَرِيقَيْنِ فَيُتْرَكُ فِي يَدِ مَنْ كَانَتْ فِي يَدِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ عَبْدٌ فِي يَدِ رَجُلٍ أَقَامَ رَجُلَانِ عَلَيْهِ البَيِّنَةَ، أَحَدُهُمَا بِغَصْبٍ، وَالآخَرُ بِوَدِيعَةٍ: فَهُوَ بَيْنَهُمَا) لِاسْتِوَائِهِمَا فِي الِاسْتِحْقَاقِ.

قوله: (وإن أشكل كانت بينهما) هذا الجواب في الخارجين، [٢/٢٥٨/ب] وإن كان أحدهما صاحب اليد، ودعواهما في النتاج ووُقِّتَ البينتان؛ فإن كانت الدابة على وقت بينة الخارج قضيت بها له؛ لظهور علامة الصدق في بينته وعلامة الكذب في بينة ذي اليد، ولو كانت الدابة على وقت بينة ذي اليد أو كانت مُشكلة قضيت بها لذي اليد؛ إما لظهور علامة الصدق في بينته، أو سقوط اعتبار التوقيت إذا كانت مشكلة. كذا في المبسوط(١)، ولم يذكر فيه ما إذا كانت سن الدابة بين الوقتين.

وذكر في الذخيرة في ذلك: تهاترت البينتان عند عامة المشايخ، وتترك الدابة في يد صاحب اليد.

قوله: (وإن خالف سن الدابة الوقتين) أي: في دعوى الخارجين **(تبطل البينتان)**. كذا ذكره الحاكم، وكذا ذكر في الإيضاح.

وفي المبسوط(٢): من مشايخنا قال(٣): تبطل البينتان، والأصح ما قاله محمد، وهو الدابة بينهما في الفصلين؛ يعني: فيما إذا كان سن الدابة مشكلة، وفيما إذا كانت غير الوقتين في دعوى الخارجين، أما إذا كانت مشكلة فلا شك فيه، وكذا إن كانت غير الوقتين؛ لأن اعتبار ذكر الوقت لحقهما، وفي هذا الموضع في اعتباره إبطال حقهما، فسقط اعتبار ذكر الوقت أصلًا، وينظر إلى مقصودهما، وهو إثبات الملك، وقد استويا في ذلك، فوجب القضاء بينهما نصفين ولا يترك في يد ذي اليد؛ لأنه اتفق الفريقان على استحقاقها على ذي اليد، فكيف يترك في يده مع قيام يد الاستحقاق؟ وبه قالت الأئمة الثلاثة.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٦٦).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٧/ ٦٥).
(٣) كذا بالأصول الخطية، وفي المبسوط: (من مشايخنا رحمهم الله من قال).

فَصْلٌ فِي التَّنَازُعِ بِالأَيْدِي

قَالَ: (وَإِذَا تَنَازَعَا فِي دَابَّةٍ، أَحَدُهُمَا رَاكِبُهَا، وَالآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِلِجَامِهَا: فَالرَّاكِبُ أَوْلَى) لِأَنَّ تَصَرُّفَهُ أَظْهَرُ، فَإِنَّهُ يَخْتَصُّ بِالمِلْكِ (وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا رَاكِبًا فِي السَّرْجِ وَالآخَرُ رَدِيفُهُ: فَالرَّاكِبُ أَوْلَى) بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَا رَاكِبَيْنِ، حَيْثُ تَكُونُ بَيْنَهُمَا لِاسْتِوَائِهِمَا فِي التَّصَرُّفِ (وَكَذَا إِذَا تَنَازَعَا فِي بَعِيرٍ وَعَلَيْهِ حِمْلٌ لِأَحَدِهِمَا، وللآخرِ كوزٌ مُعلقٌ فَصَاحِبُ الحِمْلِ أَوْلَى) لِأَنَّهُ هُوَ المُتَصَرِّفُ (وَكَذَا إِذَا تَنَازَعَا فِي قَمِيصٍ أَحَدُهُمَا لَابِسُهُ وَالآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِكُمِّهِ، فَاللَّابِسُ أَوْلَى) لِأَنَّهُ أَظْهَرُهُمَا تَصَرُّفًا (وَلَوْ تَنَازَعَا فِي بِسَاطٍ: أَحَدُهُمَا جَالِسٌ عَلَيْهِ، وَالآخَرُ مُتَعَلِّقٌ بِهِ: فَهُوَ بَيْنَهُمَا) مَعْنَاهُ: لَا عَلَى طَرِيقِ القَضَاءِ، لِأَنَّ القُعُودَ لَيْسَ بِيَدٍ عَلَيْهِ فَاسْتَوَيَا.

فَصْلٌ فِي التَّنَازُعِ بِالأَيْدِي

لما ذكر إثبات الملك بالبينة شرع في إثباته باليد والتصرف، وهذا أضعف دليل الملك، فأخره؛ ولهذا لو تعارض اليد والبينة ترجح البينة بالإجماع.

قوله: (فالراكب أولى) ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة.

وفي الذخيرة: لو تعلق أحدهما بلجامها والآخر بذنبها؛ فالمتعلق باللجام أولى؛ لأنه لا يتعلق باللجام غالبًا إلا المالك، أما الذنب قد يتعلق به غيره.

قوله: (فالراكب) أي: في السرج **(أولى)** لأن العادة جرت بأن الملاك يركبون في السرج، وغيرهم يكون رديفًا.

قوله: (فصاحب الحمل أولى) ولا يعلم فيه خلاف، وكذا اللابس أولى من المتعلق بالكم، ولا يعلم فيه خلاف أيضًا **(لأنه)** أي: اللابس **(أظهرهما تصرفًا)** ولهذا يصير به غاصبًا.

قوله: (فهو بينهما) أي: لا على طريق القضاء؛ بل يترك في يديهما، وكذا لو كانا جالسين عليه وادَّعياه فهو بينهما؛ لأن العقود ليس بيد عليه؛ إذِ اليد على البساط لا يثبت إلا بالنقل والتحويل، أو بكونه في يده، ولم يوجد شيء من ذلك؛ ولهذا لا يصيرُ غاصبًا بمجرد القعود عليه، بخلاف الركوب على الدَّابة، فإنه يصير غاصبًا بمجرد الركوب عليه بغير الإذن.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ ثَوْبٌ فِي يَدِ رَجُلٍ، وَطَرَفٌ مِنهُ فِي يَدِ آخَرَ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ)

فإن قيل: فلما لم تثبت اليد عليه بالقعود، ينبغي ألا يقضى بينهما نصفين، كما في الدَّار لو كانا قاعدين فيها؛ فإنه لا يقضى بها بينهما؛ لأن بالقعود في الدَّار لا تثبت اليد عليها كالجلوس على البساط، فما وجه الفرق؟

قلنا: القضاء في البساط باعتبار علم القاضي حسًّا وعيانًا أنه ليس في يد غيرهما، فقضى بينهما لانعدام مدعٍ غيرهما عيانًا باليد أو بالملك، أما في الدار إن علم القاضي أنها ليست في أيديهما يخلو بينها فيها، ولكن لما لم يعلم أنها ليست في يد غيرهما؛ لأن اليد على الدَّار إنما تثبت بالسكنى فيها أو بالاحتطاط له، والقاضي إن علم أنه ليس أحد يسكن فيها لكن لم يعلم زوال يد الاحتطاط عنها؛ لأن الدار إن ثبتت يد المحيط عليها في مكان لم يتحول عن ذلك إلى مكان آخر، فكان يد المحيط له ثابتة على الدار حكمًا، إلا أنه جهل صاحب اليد، وجهالة صاحب اليد لا يجوز القضاء لغيره لم يثبت عدم كونها في يد غيرها، ويثبت في المنقول، فجوَّزنا الحكم في المنقول دون العقار. إليه أشار في الذخيرة.

قوله: (وطرف منه في يد آخر فهو بينهما) وهذا يدل على أن جميع الثوب لو كان في يد رجل وادَّعى أنه له؛ كان القول له، لكن هذا إذا عرف مثل هذا الثوب كان له في العادة، وإلا فلا، فإنه ذكر في المحيط والذخيرة: خرج رجلٌ من دار رجل وعلى عاتقه متاع، فإن كان هذا المتاع يعرف الرجل ببيعه وحمله؛ فهو له، وإن [٢/٢٥٩/أ] لم يعرف بذلك؛ فهو لرب الدار.

وفي القدوري: لو أن خيَّاطًا يخيط ثوبًا في دار رجل وتنازعا في الثوب؛ فالقول لصاحب الدار.

وفي نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف: رجل دخل دارًا فوجد معه مال، فقال رب الدار: هذا مالي أخذته من منزلي، فقال أبو حنيفة: القول لرب الدار ولا يصدق الداخل في شيء ما خلا ثيابه التي عليه إن كانت الثياب مما يلبسه.

وقال أبو يوسف: إن كان الداخل رجلًا يعرف بصناعة شيء، بأن كان مثلًا حمالًا يحمل الزيت فدخل وعلى رقبته زق زيت، أو كان ممن يبيع ويطوف

لِأَنَّ الزِّيَادَةَ مِن جِنْسِ الحُجَّةِ، فَلَا تُوجِبُ زِيَادَةً فِي الِاسْتِحْقَاقِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ صَبِيٌّ فِي يَدِ رَجُلٍ وَهُوَ يُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِهِ فَقَالَ: أَنَا حُرٌّ، فَالقَوْلُ

بالمتاع في الأسواق؛ فالقول له، وإلا فلا، فأثبت في هذه المسائل أن اليد في المنقول إنما تعتبر عند دلالة الدليل على أن ذلك الشيء له عادة، وإلا فلا.

قوله: (**لأن الزيادة من جنس الحجة**) فإن كل واحد مستمسك باليد، إلا أن أحدهما أكثر استمساكًا، فلا يوجب ذلك رجحانًا، كما لو تنازعا في دابة ولواحدٍ عليها مائة مَنٍّ، ولآخر خمسون منًّا؛ كانت بينهما نصفين، وكما لو أقام أحدهما اثنين من الشهود والآخر أربعة، وهذا احتراز عما ذكر قبله، لو تنازعا في قميص، وأحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه؛ فاللابس أولى؛ لأن اللبس تصرف آخر سوى التصرف باليد.

فإن قيل: يشكل على هذا ما لو ذكر بعده، وإن كان جذوع أحدهما أقل من ثلاثة، وللآخر ثلاثة؛ فهو لصاحب الثلاثة، حيث جعل الزيادة من جنس الحجة موجبة للترجيح؛ إذِ الشاهد من الطرفين وضع الجذع.

قلنا: جوابه يجيء في تلك المسألة.

قوله: (**وهو يعبر عن نفسه**) أي: يتكلم ويعقل ما يقول.

وفي الذخيرة: ادَّعيا عبدًا وهو في أيديهما، فإن كان العبد لا يعبر عن نفسه؛ فالقاضي لا يقضي لهما بالملك ما لم تقم البينة، ولكن يجعله في يديهما إذا لم يعبر عن نفسه، فهو والبهيمة سواء، وعرف القاضي يدهما ولا يعرف الملك لهما فيحكم باليد دون الملك، وعند الأئمة الثلاثة يحكم بالملك أيضًا؛ لأن اليد فيه دليل الملك.

وإن كان العبد يعبر عن نفسه، وقال: أنا حر؛ فالقول له، ولا يقضى لهما بشيء، وبه قال الشافعي في وجه، وأحمد في رواية. وقال في وجه: هو كالذي يعبر عن نفسه، وبه قال أحمد في رواية.

ولو قال: أنا عبد أحدهما؛ لم يصدَّق، وهو عبدهما؛ لأنه لما أقرَّ بالرق فقد ثبتت يدهما عليه حقيقة وحكمًا؛ لأن يد الحر تثبت على الرقيق، ثم هو

قَوْلُه) لِأَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ (وَلَوْ قَالَ: أَنَا عَبْدٌ لِفُلَانٍ: فَهُوَ عَبْدٌ لِلَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ) لِأَنَّهُ

بقوله: أنا عبد أحدهما، يريد إبطال اليد الثابتة عليه لأحدهما حقيقة وحكمًا، فلا يقدر عليه؛ بخلاف ما لو قال: أنا حر الأصل؛ لأنه أنكر ثبوت اليد على نفسه، واليد لا تثبت للحر على الحر، فكان القول قوله، وكذا لو كان عبد في يد رجل فأقر أنه لآخر لم يصدَّق، والقول لصاحب اليد.

فإن قيل: إقراره بالرق من المضارِّ المحض، فينبغي ألا يصح، كإقراره بالدَّين والطلاق والعتاق.

قلنا: الرق هاهنا لا يثبت بإقراره؛ بل بدعوى ذي اليد؛ لأن عند معارضته إياه بدعوى الحرية لا تتقرر يده عليه، وعند عدم المعارضة تتقرر يده عليه، كما في الصبي الذي لا يعقل؛ لأن الإقرار بالرق مما يمكن تداركه؛ إذِ التناقض في معنى الحرية لا يمنع صحة الدعوى، بخلاف الإقرار بالدَّين؛ لأنه مما لا يمكن تداركه؛ لأنَّ التناقض فيه يمنع صحة الدعوى، وكذا في الطلاق والعتاق.

قوله: وإن كان لا يعبِّر عن نفسه **(فهو عبدٌ للذي في يده)**.

فإن قيل: يشكل باللقيط، فإن الملتقط لو ادَّعى أنه عبدٌ لا يصدَّق، وبه قال الشافعي وأحمد، وهذا يصدَّق.

قلنا: يد الملتقط نائب من وجه دون وجه؛ لأنها نائبة حقيقة لا حكمًا، فإن الملتقط أمين في اللقيط، ويد الأمين في الحكم يد غيره، فلم تصح الدعوى منه مع الشك، بخلاف غيره؛ لأن يده عليه ليست يد غيره، فتكون اليد عليه ثابتة حقيقة وحكمًا، فتصح الدعوى منه.

فإن قيل: وجب ألا يصدق في دعوى الرق؛ لأن الحرية ثابتة الأصل؛ إذِ الأصل في بني آدم الحرية؛ لأنهم أولاد آدم وحواء، وهما كانا حرَّين، فكان ما يدَّعيه من الرق أمرًا عارضًا، فلا يقبل قوله إلا بحجة.

قلنا: اعترض على الأصل ما يدل على خلافه فيبطل الأصل؛ إذِ [٢/ ٢٥٩/ب] اليد على من هذا شأنه دليلٌ على خلاف ذلك الأصل؛ لأنها دليل الملك، فيبطل ذلك الأصل. كذا في الفوائد الظهيرية، وفيه نوع تأمل.

أَقَرَّ بِأَنَّهُ لَا يَدَ لَهُ حَيْثُ أَقَرَّ بِالرِّقِّ (وَإِنْ كَانَ لَا يُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِهِ فَهُوَ عَبْدٌ لِلَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ) لِأَنَّهُ لَا يَدَ لَهُ عَلَى نَفْسِهِ لَمَّا كَانَ لَا يُعَبِّرُ عَنْهَا وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمَتَاعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ يُعَبِّرُ، فَلَوْ كَبِرَ وَادَّعَى الْحُرِّيَّةَ لَا يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ لِأَنَّهُ ظَهَرَ الرِّقُّ عَلَيْهِ فِي حَالِ صِغَرِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الْحَائِطُ لِرَجُلٍ عَلَيْهِ جُذُوعٌ، أَوْ مُتَّصِلٌ بِبِنَائِهِ، وَلِآخَرَ عَلَيْهِ هَرَادِيٌّ: فَهُوَ لِصَاحِبِ الْجُذُوعِ وَالِاتِّصَالِ، وَالْهَرَادِيُّ لَيْسَتْ بِشَيْءٍ) لِأَنَّ صَاحِبَ الْجُذُوعِ صَاحِبُ اسْتِعْمَالٍ، وَالْآخَرُ صَاحِبُ تَعَلُّقٍ، فَصَارَ كَدَابَّةٍ تَنَازَعَا فِيهَا وَلِأَحَدِهِمَا حِمْلٌ عَلَيْهَا، وَلِلْآخَرِ كُوزٌ مُعَلَّقٌ بِهَا، وَالْمُرَادُ بِالِاتِّصَالِ مُدَاخَلَةُ لَبِنِ جِدَارِهِ فِيهِ، وَلَبِنُ هَذَا فِي جِدَارِهِ، وَقَدْ يُسَمَّى اتِّصَالُ تَرْبِيعٍ، وَهَذَا شَاهِدٌ ظَاهِرٌ لِصَاحِبِهِ، لِأَنَّ بَعْضَ بِنَائِهِ عَلَى بَعْضِ بِنَاءِ هَذَا الْحَائِطِ.

واليد على البالغ لا تدل على الملك باتفاق الأئمة الأربعة.

قوله: (فهو لصاحب الجذوع) وقال الشافعي وأحمد: لا ترجيح بوضع الجذوع؛ لأن الوضع قد يكون عن ملك، وقد يكون عن استعارة أو غصب، فلا ترجيح بالمحتمل.

وقلنا: واضع الجذوع مستعملٌ للحائط بالوضع، والاستعمال يد، وعند التعارض القول لصاحب اليد.

قوله: (والمراد بالاتصال)؛ أي: الاتصال المذكور في قوله: **(أو متصل ببنائه)** يعني: الاتصال ضربان: اتصال تربيع واتصال ملاصقة، والأول هو المراد **(وقد يسمى اتصال تربيع)**.

في الذخيرة: تفسيره: إذا كان الحائط من مَدَرٍ أو آجُرٍّ أن يكون أنصاف لَبِن الحائط المتنازع فيه داخله في أنصاف لبن غير المتنازع فيه، وأنصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة في المتنازع فيه، ولو كان الجدار من خشب؛ فالتربيع أن يكون ساجة، بالجيم، إحداهما مركبة في الأخرى، وأما إذا نقب فأدخل لا يكون تربيعًا، وهذا ظاهر الرواية، وهو شاهد ظاهر لصاحبه؛ لأن الظاهر هو الذي بناه مع حائطه؛ إذْ داخله أنصاف اللبن لا يتصور إلا عند بناء الحائطين معًا، فهو أولى، وبه قال الشافعي وأحمد.

وَقَوْلُهُ: «الهَرَادِيُّ لَيْسَتْ بِشَيْءٍ»: يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا اعْتِبَارَ لِلْهَرَادِيِّ أَصْلًا، وَكَذَا البَوَارِي، لِأَنَّ الحَائِطَ لَا تُبْنَى لَهَا أَصْلًا، حَتَّى لَوْ تَنَازَعَا فِي حَائِطٍ وَلِأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ هَرَادِيٌّ، وَلَيْسَ لِلْآخَرِ عَلَيْهِ شَيْءٌ: فَهُوَ بَيْنَهُمَا (وَلَوْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا عَلَيْهِ جُذُوعٌ ثَلَاثَةٌ فَهُوَ بَيْنَهُمَا) لِاسْتِوَائِهِمَا، وَلَا مُعْتَبَرَ بِالأَكْثَرِ مِنهَا بَعْدَ الثَّلَاثَةِ (وَإِنْ كَانَ جُذُوعُ أَحَدِهِمَا أَقَلَّ مِن ثَلَاثَةٍ فَهُوَ لِصَاحِبِ الثَّلَاثَةِ وَلِلْآخَرِ مَوْضِعُ جِذْعِهِ) ....

وفي الذخيرة: الاتصال بالتربيع أولى، وكان الكرخي يقول: صفة هذا الاتصال أن يكون الحائط المتنازع فيه من الجانبين جميعًا متصلًا بحائطين لأحدهما، والحائطان متصلان بمقابلة الحائط المتنازع، حتى يصير متربعًا شبه القبة، فحينئذٍ يكون الكل في حكم شيءٍ واحد، فصاحب الاتصال أولى، والمروي عن أبي يوسف أن المعتبر اتصال جانبي الحائط.

قوله: (والهرادي ليس بشيء) وفي دستور اللغة: هرادي السقف: خشباته، وبالفارسية (شه).

قوله: (فهو بينهما) باتفاق الأئمة الأربعة؛ لأن وضع الهرادي والبواري لا تثبت لصاحبها على الحائط يد استعمال؛ لأن الحائط للتسقيف، وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع الهرادي والبواري، وإنما توضع البواري والهرادي للاستظلال، والحائط لا يُبتنى إلا للاستظلال، فصار كما لو كان لأحدهما على الحائط ثوبٌ مبسوط ولا شيء للآخر، وهناك يقضى بينهما، فكذا هاهنا.

قوله: (ولا معتبر بالأكثر منها) أي: من الثلاثة، حتى لو كان لأحدهما عشر خشبات ولآخر ثلاثة؛ فهو بينهما، ولا يعتبر التفاوت بعد تمام النصاب؛ إذِ الثلاث أقل الجمع، كما في البينات، وكما لو كان لأحدهما على الدابة مائة منٍّ، ولآخر خمسون منًّا.

قوله: (وللآخر) أي: لصاحب الجذع أو الاثنين **(موضع جذعه)** وهو رواية كتاب الإقرار.

وفي الإيضاح: يريد به: له حق وضع الجذع حتى لا يمنع منه، وهذا إذا ثبت ملكه بسبب العلامة، أما لو ثبت بالبينة كان لصاحب الجذوع أن يمنع

فِي رِوَايَةٍ، وَفِي رِوَايَةٍ: لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنهُمَا مَا تَحتَ خَشَبَتِهِ، ثُمَّ قِيلَ: مَا بَيْنَ الخَشَبِ بَيْنَهُمَا، وَقِيلَ: عَلَى قَدْرِ خَشَبِهِمَا، وَالقِيَاسُ: أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، لِأَنَّهُ لَا مُعْتَبَرَ بِالكَثْرَةِ فِي نَفْسِ الحُجَّةِ.

وَجْهُ الثَّانِي: أَنَّ الاِسْتِعْمَالَ مِن كُلِّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ خَشَبَتِهِ. وَوَجْهُ الأَوَّلِ: أَنَّ

صاحب الجذع الواحد أو الاثنين مِنْ وضع جذعه على جداره، وهكذا ذكر في المبسوط وغيره.

(وفي رواية: لكل واحد ما تحت خشبته) وهو رواية كتاب الدعوى، حيث قال: إن الحائط بينهما على قدر الأجذاع، ثم قيل: ما بين الخشب بينهما؛ أي: نصفان.

(وقيل: على قدر خشبهما) أي: على رواية كتاب الدعوى.

وفي الذخيرة: يقضى ما بين الحشبات على رواية كتاب الدعوى عند البعض على أحد عشر سهمًا، وعند البعض بينهما نصفين؛ لاستوائهما في ذلك، كما لو اختلفا في ساحة المنزل يقضى بينهما نصفان، والقياس أن يكون بينهما نصفين، وهو رواية عن أبي حنيفة، وقياس قول الشافعي وأحمد؛ لأنه لا اعتبار للجذوع عندهما، فلا تجيء هذه التفاصيل عندهما.

ووجهه: أن وضع الخشبة حجة في هذا الباب؛ (لأن به يثبت الاستعمال، كما كان لأحدهما خشبة واحدة ولا شيء للآخر، وإذا كان كذلك لا يترجح بزيادة الخشبات؛ لأن الحجة لا تترجح بزيادة من جنسها.

قوله: (ووجه الثاني) وهو رواية كتاب الدعوى؛ **(لأن الاستعمال من كل واحدٍ بقدر خشبته)**؛ إذْ ذلك الموضع مشغول بجذعه.

قوله: (وجه الأول) وهو رواية كتاب الإقرار، وهو الاستحسان، أن الحائط يبنى للتسقيف، والتسقيف [٢/ ٢٦٠/أ] لا يحصلُ بالخشبة الواحدة، ووضع الخشبة وإن كان حجة لكن ناقصة، فلا تعتبر، ولو كان لأحدهما خشبتان وللآخر ثلاثة اختلف فيه.

قيل: كالثلاثة؛ لأنه لا يمكن التسقيف بهما، وقيل: بمنزلة الواحدة؛ إذْ لا

الحَائِطَ يُبْنَى لِوَضْعِ كَثِيرِ الجُذُوعِ دُونَ الوَاحِدِ وَالمُثَنَّى، فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِصَاحِبِ الكَثِيرِ، إِلَّا أَنَّهُ يَبْقَى لَهُ حَقُّ الوَضْعِ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ فِي اسْتِحْقَاقِ يَدِهِ (وَلَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا جُذُوعٌ، وَلِلْآخَرِ اتِّصَالٌ: فَالأَوَّلُ أَوْلَى) وَيُرْوَى: الثَّانِي أَوْلَى. وَجْهُ الأَوَّلِ: أَنَّ لِصَاحِبِ الجُذُوعِ التَّصَرُّفَ وَلِصَاحِبِ الِاتِّصَالِ اليَدَ، وَالتَّصَرُّفُ أَقْوَى.

وَجْهُ الثَّانِي: أَنَّ الحَائِطَيْنِ بِالِاتِّصَالِ يَصِيرَانِ كَبِنَاءٍ وَاحِدٍ مِن ضَرُورَةِ القَضَاءِ لَهُ بِبَعْضِهِ القَضَاءُ بِكُلِّهِ، ثُمَّ يَبْقَى لِلْآخَرِ حَقُّ وَضْعِ جُذُوعِهِ لِمَا قُلْنَا، وَهَذِهِ رِوَايَةُ الطَّحَاوِيِّ وَصَحَّحَهَا الجُرْجَانِيُّ.

يمكن التسقيف بهما إلا على الندرة باعتبار الظاهر، وهو ليس بحجة في استحقاق يده، ويعلم منه الجواب الموعود، وهذا احترازٌ عما لو ثبت بالبينة، فإن فيه له أن يمنع عن الوضع؛ لأن البينة حجة صالحة للاستحقاق.

قوله: **(ولو كان لأحدهما اتصال وللآخر جذوع)** وهو الصحيح من النسخ؛ ليوافق الدليل المدعى، وفي بعض النسخ: **(ولو كان لأحدهما جذوع وللآخر اتصال)**.

وفي الذخيرة: لو كان الاتصال في طرف واحد، فقال شيخ الإسلام والطحاوي وأبو عبد الله المرشد: إن صاحب الاتصال أولى، وذكر شمس الأئمة السرخسي: صاحب الجذوع أولى(١).

ولو كان الاتصال في طرفي الحائط المتنازع فيه فصاحب الاتصال أولى، وعليه عامة المشايخ، وهكذا روي عن أبي يوسف في الأمالي، ومن ضرورة القضاء ببعضه القضاء بكله، أو يرد المختلَف فيه إلى المتفق عليه.

قوله: **(لما قلنا)** إشارة إلى **قوله**: **(لأن الظاهر ليس بحجة)**.

فإن قيل: لما قضي بالحائط لصاحب الاتصال ينبغي أن يؤمر الآخر برفع جذوعه لا وضعها على ملك الغير بغير سبب ظاهر، كما لو تنازعا في دابة لأحدهما عليها حمل، وللآخر عليها مخلاة ـ يقضى بها لصاحب الحمل، ويؤمر برفع المخلاة.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٨/ ٨٨).

قَالَ: (وَإِذَا كَانَتْ دَارٌ مِنهَا فِي يَدِ رَجُلٍ عَشَرَةُ أَبْيَاتٍ وَفِي يَدِ آخَرَ بَيْتٌ فَالسَّاحَةُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ) لِاسْتِوَائِهِمَا فِي اسْتِعْمَالِهَا وَهُوَ الْمُرُورُ فِيهَا.

قلنا: وضع المخلاة لا يكون مستحقًّا له على دابة الغير بسبب في الأصل، وكان من ضرورة القضاء بالدابة لصاحب العمل أمر الآخر برفع المخلاة، أما هاهنا حق وضع الجذع يثبت له على حائط بأن كان ذلك مشروطًا في أصل القسمة، فليس من ضرورة الحكم لصاحب الاتصال استحقاق رفع الجذع على الآخر، وهذا بخلاف ما لو أقام أحدهما البينة وقضى له؛ حيث يؤمر برفع جذوعه عن ملكه؛ لما ذكرنا.

قوله: (فالساحة) بالحاء المهملة، وهو عرصة في الدار وبين يديها.

(لاستوائهما في استعمالها) أي: استعمال الساحة؛ لأن استعمال الساحة للمرور، ووضع الأمتعة أيضًا، وصب الوضوء وكسر الحطب، وهما في ذلك سواءٌ، ولعل مرور صاحب القليل أكثر لزمانة صاحب الكثير، وكون صاحب القليل وَلَّاجًا وخرَّاجًا، على أن الترجيح لا يقع بكثرة ما هو من جنس العلة، وصار كالطريق يستوي فيه صاحب المنزل والدار والبيت؛ وهذا لأن الاستحقاق باعتبار أصل اليد؛ ألا ترى أنهما لو تنازعا في ثوب وعامته في يد أحدهما وفي يد الآخر طرف منه؛ يقضى بينهما؛ لما أن أصل اليد حجة للاستحقاق، فالقليل فيه يساوي الكثير، وكما لو أقام أحدهما شاهدين والآخر أربعة، فهما سواء، وبقولنا: قال الشافعي وأحمد.

فإن قيل: لو أقام أحدهما شاهدًا والآخر شاهدين يقضى بالكثرة، وكذا لو كان في يد أحدهما [ثوب](١) وفي يد الآخر هُدْبُهُ؛ يقضى للذي في يده، فهذا ترجيح بالكثرة، وكذا لو أخبر عدلان بطهارة الماء، وعدل واحد بنجاسته؛ يحكم بطهارته، وهذا ترجيحٌ بالكثرة، وكذا لو تنازعا في حائط، ولأحدهما عليه جذوع ولآخر جذع؛ فهو لصاحب الجذوع، وهذا ترجيح بالكثرة، وكذا لو تنازعا في الشرب يقسم بينهما على قدر الأراضي، بخلاف مسألة الكتاب ففي الكل ترجيح بالكثرة.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَى رَجُلَانِ أَرْضًا) يَعْنِي يَدَّعِي كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا أَنَّهَا فِي يَدِهِ (لَمْ يُقْضَ أَنَّهَا فِي يَدِ وَاحِدٍ مِنهُمَا حَتَّى يُقِيمَا البَيِّنَةَ أَنَّهَا فِي أَيْدِيهِمَا) لِأَنَّ اليَدَ فِيهَا غَيْرُ مُشَاهَدَةٍ لِتَعَذُّرِ إِحْضَارِهَا وَمَا غَابَ عَنْ عِلْمِ القَاضِي فَالبَيِّنَةُ تُثْبِتُهُ ....

قلنا: أما مسألة الشهادة لا تلزمنا؛ لأن الشاهد الواحد غير معتبر بالنص، فلا يصلح حجة للقضاء والاستحقاق، وأما في مسألة الثوب الاستحقاق باعتبار اليد، ويد صاحب الهُدْب على الهُدْب لا الثوب، فلا يثبت الاستحقاق به، أما هاهنا يثبت سبب الاستحقاق، وهو المرور.

وأما في الإخبار بنجاسة الماء وطهارته، فخبر العدل يترجح في أمور الدين باعتبار ترجيح الصدق، وفي العدد يفيد زيادة الصدق أيضًا، وفيما نحن فيه استويا في سبب الاستحقاق.

وأما مسألة الجذوع، فلما بينا أن الحائط لا يبتنى لوضع خشبة واحدة لعدم التسقيف فيه، وأما مسألة الشرب، فإن الشرب شيء تحتاج إليه الأراضي دون الأرباب، فبكثرة الأراضي كثر الاحتياج إليه، فيستدل به على كثرة حق له في الشرب، أما الساحة فيحتاج إليه [٢/ ٢٦٠/ب] الأرباب بنفسه، وهما سواء في الاحتياج كما ذكرنا. إليه أشار الإمام التمرتاشي والمحبوبي.

قوله: (وإذا ادَّعى الرجلان أرضًا) إلى آخره.

في الفوائد الظهيرية: هاهنا مسألة غفل عنها القضاة، وهي أنه لو ادَّعى أرضًا، والمدعى عليه يزعم أنها في يده، وأقام المدعي بينة على الملك؛ فالقاضي لا يقضي ببينته؛ لجواز أن تكون الأرض في يد ثالث، والمدعي والمدعى عليه تواضعا على ذلك، وهذه حيلة ليجعلها القاضي في يد أحدهما ما لم يثبت كون الأرض في يد المدعَى عليه بالبينة لا يقضي، إلا أنه يمنع المقر من أن يزاحم المقر له؛ لأن إقراره حجة في حقه، وإن أقام أحدهما البينة جعلت في يده.

فإن قيل: البينة حجة على الخصم، ولا خصم هاهنا؛ لأنه لم يثبت كونها

(وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيِّنَةَ جُعِلَتْ فِي يَدِهِ) لِقِيَامِ الْحُجَّةِ، لِأَنَّ الْيَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ (وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ جُعِلَتْ فِي أَيْدِيهِمَا) لِمَا بَيَّنَّا فَلَا يَسْتَحِقُّ لِأَحَدِهِمَا مِن غَيْرِ حُجَّةٍ (وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا قَدْ لَبَّنَ فِي الْأَرْضِ أَوْ بَنَى أَوْ حَفَرَ فَهِيَ فِي يَدِهِ) لِوُجُودِ التَّصَرُّفِ وَالِاسْتِعْمَالِ فِيهَا.

في يد الآخر، فكيف يقضى باليد؟

قلنا: هو خصمٌ باعتبار منازعته في اليد، ومن كان خصمًا لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعًا كانت بينته مقبولة.

وذكر التمرتاشي: لو طلب كل واحدٍ يمين صاحبه ما هي في يده؛ حلف كل واحدٍ ما في يد صاحبه على البتات، ولو حلفا ولم يقض باليد لهما، وبرئ كل واحد [عن][1] دعوى صاحبه، وتوقف الدار إلى أن تظهر حقيقة الحال، ولو نكلا قضي لكل واحدٍ بالنصف الذي في يد صاحبه، ولو نكل أحدهما قضي عليه لكلها للحالف نصفها كان في يده، ونصفها الذي كان في يد صاحبه لنكوله، ولو كانت الدار في يد ثالث لم تنزع من يده؛ لأن نكوله ليس بحجة في حق الثالث.

قوله: (**وإن أقاما البينة جعلت في أيديهما؛ لما بينا**) وهو قيام الحجَّة، كما لو ادعى الملك وأقاما بينة، أما لو طلبا القسمة؛ فالقاضي لا يقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك.

وفي الفوائد الظهيرية: قال بعض مشايخنا: هذا قول أبي حنيفة، وأما على قولهما يقسم بناء على مسألة أخرى، وهي أن الدار في يد ورثة كبار أقرُّوا عند القاضي أنها ميراث عن أبيهم، والتمسوا منه القسمة ـ لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة أن أباهم مات وخلَّفَها ميراثًا لهم عند أبي حنيفة، وعندهما يقسمها بإقرارهم.

قوله: (**لوجود التصرف والاستعمال فيها**) أي: في الدار، ومن ضرورته إثبات اليد، كالركوب في الدابة واللبس في الثوب. ذكره البزدوي.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

بَابُ دَعْوَى النَّسَبِ

قَالَ: (وَإِذَا بَاعَ جَارِيَةً فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ فَادَّعَاهُ البَائِعُ، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِن سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِن يَوْمِ بَاعَ فَهُوَ ابْنُ للبَائِعِ، وَأُمُّهُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ) وَفِي القِيَاسِ هُوَ قَوْلُ زُفَرٍ(*) وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: دَعْوَتُهُ بَاطِلَةٌ، لِأَنَّ البَيْعَ اعْتِرَافٌ مِنهُ بِأَنَّهُ عَبْدٌ، فَكَانَ فِي دَعْوَاهُ مُنَاقِضًا وَلَا نَسَبَ بِدُونِ الدَّعْوَى.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ اتِّصَالَ العُلُوقِ بِمِلْكِهِ شَهَادَةٌ ظَاهِرَةٌ عَلَى كَوْنِهِ مِنهُ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمُ الزِّنَا. وَمَبْنَى النَّسَبِ عَلَى الخَفَاءِ فَيُعْفَى فِيهِ التَّنَاقُضُ، وَإِذَا صَحَّتْ

بَابُ دَعْوَى النَّسَبِ

لما ذكر حكم دعوى المال شرع في دعوى النسب، وقدَّم دعوى المال؛ لكثرة وقوعها، فكانت أهم.

في الصحاح: الدِّعوة، بالكسر: في النسب، وبالفتح: في الطعام. وقيل: على العكس[1].

قوله: (فكان في دعواه) أي: البائع في دعواه **(مناقضًا)** وكذا سعيا في نقض ما تم من جهته، وهو البيع، فصار كما لو ادَّعى اليد بتراء، والإعتاق قبل البيع، أو ادعى أب البائع الولد، وكذَّبه المشتري، فإنه لم يثبت النسب، كذا هذا.

وفي الاستحسان: أمكن إثبات النسب منه فيثبت؛ وهذا لأنا تيقنا بحصول العلوق في ملكه لما ولدت لأقل من ستة أشهر، وذا ينزل منزلة البينة العادلة في إثبات النسب منه، وهذا معنى **قوله: (اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة)**.

قوله: (فيعفى فيه التناقض) أي: لا يمنع صحة الدعوى؛ لأن مبنى النسب على الإخفاء؛ إذْ قد يظن المرء أن العلوق ليس منه ثم يظهر له أنه منه، حتى لو كان صبي في يد امرأة فقال زوجها: هذا الولد من زنا، وقالت: من نكاح منك، ثم قال الزوج: هو من نكاح ـ يثبت النسب منه، بخلاف الإعتاق

(*) الراجح: قول الجمهور.

(١) الصحاح تاج اللغة للجوهري (٦/ ٢٣٣٦).

الدَّعْوَى اسْتَنَدَتْ إِلَى وَقْتِ العُلُوقِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ بَاعَ أُمَّ وَلَدِهِ فَيُفْسَخُ البَيْعُ لِأَنَّ بَيْعَ أُمِّ الوَلَدِ لَا يَجُوزُ (وَيُرَدُّ الثَّمَنُ) لِأَنَّهُ قَبَضَهُ بِغَيْرِ حَقٍّ (وَإِنْ ادَّعَاهُ المُشْتَرِي مَعَ دَعْوَةِ البَائِعِ أَوْ بَعْدَهُ فَدَعْوَةُ البَائِعِ أَوْلَى) لِأَنَّهَا أَسْبَقُ لِاسْتِنَادِهَا إِلَى وَقْتِ العُلُوقِ وَهَذِهِ دَعْوَةُ اسْتِيلَادٍ (وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرَ مِن سَنَتَيْنِ مِن وَقْتِ البَيْعِ: لَمْ تَصِحَّ دَعْوَةُ البَائِعِ) لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ اتِّصَالُ العُلُوقِ بِمِلْكِهِ تَيَقُّنًا وَهُوَ الشَّاهِدُ وَالحُجَّةُ (إِلَّا إِذَا صَدَّقَهُ المُشْتَرِي) فَيَثْبُتُ النَّسَبُ وَيُحْمَلُ عَلَى الاسْتِيلَادِ بِالنِّكَاحِ، وَلَا يَبْطُلُ البَيْعُ، لِأَنَّا تَيَقَّنَّا أَنَّ العُلُوقَ

والتدبير؛ لأن إعتاقه وتدبيره لا يخفى عليه، وبخلاف دعوة الحد؛ لأن العلوق ما حصل في ملكه، وله حق التملك على ولده، وقد زال ذلك بالبيع.

قوله: **(مع دعوة البائع أو بعده)** قيد به؛ لأنه لو ادَّعاه المشتري أولًا يثبت النسب منه، ولا يثبت نسب البائع بعد ذلك؛ لاستغناء الولد عن النسب.

قوله: **(وهذه دعوة استيلاد)** أي: دعوة البائع دعوة استيلاد، ودعوة المشتري دعوة تحرير؛ إذْ أصل العلوق لم يكن في ملكه، ودعوة الاستيلاد أولى؛ لاستنادها إلى وقت العلوق، واقتصار دعوة التحرير على الحال، فدعوة البائع سابقة معنًى، فكانت أولى، ودعوة الاستيلاد لا تفتقر إلى حقيقة الملك، ودعوة التحرير تفتقر، وفي الحقيقة هذا جواب عن [٢/ ٢٦١/ أ] قول إبراهيم النخعي حيث قال فيها: يثبت النسب من المشتري؛ لأن له حقيقة الملك فيها وفي ولدها، وللبائع حق، والحق لا يعارض الحقيقة، كما لو جاءت جارية بولد فادَّعاه مولاه وأبو المولى؛ فالمولى أولى؛ لأن له حقيقة الملك، ولأبيه حق التمليك.

فقلنا: هذه دعوة استيلاد إلى آخره، بخلاف دعوة المولى مع أبيه، فإن شرط صحة دعوة الأب تملك الجارية من وقت العلوق؛ إذْ ليس له في مال ولده حق ملك ولا حقيقته؛ بل له حق التملك، واقتران دعوة الابن بدعوة الأب يمنع تحصيل هذا الشرط؛ فلهذا أثبتناه من المولى دون أبيه. كذا في المبسوط[١]، وجامع قاضي خان.

قوله: **(ويحمل على الاستيلاد بالنكاح)** حملًا لأمره على الصلاح، وقول المشتري على الصدق. كذا ذكره قاضي خان.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ١٠٢).

لَمْ يَكُنْ فِي مِلْكِهِ، فَلَا يُثْبِتُ حَقِيقَةَ العِتْقِ وَلَا حَقَّهُ، وَهَذِهِ دَعْوَةُ تَحْرِيرٍ وَغَيْرُ المَالِكِ لَيْسَ مِن أَهْلِهِ.

(وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرَ مِن سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِن وَقْتِ البَيْعِ، وَلِأَقَلَّ مِن سَنَتَيْنِ: لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَةُ البَائِعِ فِيهِ، إِلَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ المُشْتَرِي) لِأَنَّهُ احْتَمَلَ أَنْ لَا يَكُونَ العُلُوقُ فِي مِلْكِهِ، فَلَمْ تُوجَدْ الحُجَّةُ فَلَا بُدَّ مِن تَصْدِيقِهِ، وَإِذَا صَدَّقَهُ، يَثْبُتُ النَّسَبُ، وَيَبْطُلُ البَيْعُ، وَالوَلَدُ حُرٌّ وَالأُمُّ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ كَمَا فِي المَسْأَلَةِ الأُولَى لِتَصَادُقِهِمَا وَاحْتِمَالِ العُلُوقِ فِي المِلْكِ (فَإِنْ مَاتَ الوَلَدُ، فَادَّعَاهُ البَائِعُ، وَقَدْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِن سِتَّةِ أَشْهُرٍ: لَمْ يَثْبُتْ الِاسْتِيلَادُ فِي الأُمِّ) لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِلْوَلَدِ، وَلَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ بَعْدَ المَوْتِ لِعَدَمِ حَاجَتِهِ إِلَى ذَلِكَ فَلَا يَتْبَعُهُ اسْتِيلَادُ الأُمِّ (وَإِنْ مَاتَتْ الأُمُّ فَادَّعَاهُ البَائِعُ، وَقَدْ جَاءَتْ بِهِ لِأَقَلَّ مِن

قوله: (فلا تثبت حقيقة العتق) أي: في الولد **(ولا حقه)** أي: حق العتق، وهو أمومية الولد في أمه، كما لو ادَّعاه أجنبي آخر؛ لأن بتصادقهما أن الولد من البائع لا يثبت كون العلوق في ملكه؛ لأن البائع يدَّعي ذلك، وكيف يدَّعي والولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين؟ فكان حادثًا بعد زوال ملك البائع، وإذا لم يثبت العلوق في ملك البائع، فكان دعوة البائع هنا دعوة تحرير **(وغير المالك ليس بأهله)** أي: بأهل التحرير، فلا يصح دعوى التحرير منه، فلم يعتق الولد، ولا تصير أمه أم ولد.

قوله: (ويبطل البيع) لأنهما تصادقا على النسب، واحتمل أن يكون العلوق في ملك البائع، فيثبت النسب ويبطل البيع.

قوله: (لأنها) أي: الأم **(تابعة للولد)** في ثبوت أموميتها؛ لأنها تستفيد الحرية من الولد، قال ﷺ: «**أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا**»[1] فكان الاستيلاد فرع النسب.

---

(١) أخرجه: ابن ماجه (٢/ ٨٤١ رقم ٢٥١٦)، والحاكم (٢/ ٢٣ رقم ٢١٩١)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٣٤٦) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.
قال البيهقي: أبو بكر بن أبي سبرة ضعيف لا يحتج به، إلا أنه قد روى عن غيره عن حسين بهذا اللفظ، وقال ابن حجر: في إسناده حسين بن عبد الله، وهو ضعيف جدًا. التلخيص الحبير (٤/ ٤٠١).

سِتَّةِ أَشْهُرٍ: يَثْبُتُ النَّسَبُ فِي الوَلَدِ وَأَخَذَهُ البَائِعُ)؛ لِأَنَّ الوَلَدَ هُوَ الأَصْلُ فِي النَّسَبِ، فَلَا يَضُرُّهُ فَوَاتُ التَّبَعِ، وَإِنَّمَا كَانَ الوَلَدُ أَصْلًا، لِأَنَّهَا تُضَافُ إِلَيْهِ يُقَالُ أُمُّ الوَلَدِ، وَتَسْتَفِيدُ الحُرِّيَّةَ مِن جِهَتِهِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا» وَالثَّابِتُ لَهَا حَقُّ الحُرِّيَّةِ وَلَهُ حَقِيقَتُهَا، وَالأَدْنَى يَتْبَعُ الأَعْلَى (وَيَرُدُّ الثَّمَنَ كُلَّهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَرُدُّ حِصَّةَ الوَلَدِ وَلَا يَرُدُّ حِصَّةَ الأُمِّ)(*) لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ بَاعَ أُمَّ وَلَدِهِ، وَمَالِيَّتُهَا غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَهُ فِي العَقْدِ وَالغَصْبِ فَلَا يَضْمَنُهَا المُشْتَرِي، وَعِنْدَهُمَا: مُتَقَوِّمَةٌ فَيَضْمَنُهَا.

وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: وَإِذَا حَمَلَتْ الجَارِيَةُ فِي مِلْكِ رَجُلٍ فَبَاعَهَا فَوَلَدَتْ فِي يَدِ المُشْتَرِي، فَادَّعَى البَائِعُ الوَلَدَ وَقَدْ أَعْتَقَ المُشْتَرِي الأُمَّ فَهُوَ ابْنُهُ يُرَدُّ عَلَيْهِ بِحِصَّتِهِ مِن الثَّمَنِ. وَلَوْ كَانَ المُشْتَرِي إِنَّمَا أَعْتَقَ الوَلَدَ فَدَعْوَاهُ بَاطِلَةٌ.

وَوَجْهُ الفَرْقِ: أَنَّ الأَصْلَ فِي هَذَا البَابِ الوَلَدُ، وَالأُمُّ، تَابِعَةٌ لَهُ عَلَى مَا مَرَّ. وَفِي الفَصْلِ الأَوَّلِ: قَامَ المَانِعُ مِن الدَّعْوَةِ وَالِاسْتِيلَادِ ....

قوله: (إذْ هو الأصل) أي: الولد أصلٌ (في النسب) والاستيلادُ فرع النسب كما ذكرناه (فلا يضره) أي: النسب أو الولد (فوات التبع) وهو الأم أو أمومية الولد.

قوله: (فهو ابنه) أي: ابن البائع، فيقسم الثمن على قيمة الولد وقيمة أمها، فما أصاب الأم يلزم المشتري، وما أصاب الولد سقط عنه، ولا تصير الجارية أم ولد للبائع؛ لأنه ثبت فيها للمشتري ما لا يحتمل الإبطال، وهو الولاء، وكذا الحكم فيما إذا دبرها أو استولدها. ذكره التمرتاشي.

قوله: (فدعواه) أي: دعوى البائع (باطلة) أي: إذا لم يصدقه المشتري.

(أن الأصل في هذا الباب) أي: في باب ثبوت حق العتق للأم بطريق الاستيلاد (الولد).

وقوله: (على ما مرَّ) إشارة إلى قوله: (لأنها يضاف إليها).

(ففي الوجه الأول) وهو ما إذا أعتق المشتري الأم، والبائع ادعى الولد، وفي بعض النسخ: (ففي الفصل الأول).

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

وَهُوَ العِتْقُ فِي التَّبَعِ وَهُوَ الأُمُّ، فَلَا يَمْتَنِعُ ثُبُوتُهُ فِي الأَصْلِ وَهُوَ الوَلَدُ، وَلَيْسَ مِن ضَرُورَاتِهِ. كَمَا فِي وَلَدِ المَغْرُورِ، فَإِنَّهُ حُرٌّ وَأُمُّهُ أَمَةٌ لِمَوْلَاهَا، وَكَمَا فِي المُسْتَوْلَدَةِ بِالنِّكَاحِ. وَفِي الفَصْلِ الثَّانِي: قَامَ المَانِعُ بِالأَصْلِ وَهُوَ الوَلَدُ، فَيَمْتَنِعُ ثُبُوتُهُ فِيهِ وَفِي التَّبَعِ، وَإِنَّمَا كَانَ الإِعْتَاقُ مَانِعًا، لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ كَحَقِّ اسْتِلْحَاقِ النَّسَبِ وَحَقِّ الِاسْتِيلَادِ فَاسْتَوَيَا مِن هَذَا الوَجْهِ، ثُمَّ الثَّابِتُ مِن المُشْتَرِي حَقِيقَةُ الإِعْتَاقِ، وَالثَّابِتُ

قوله: (وهو) أي: المانع **(العتق)** وقوله: **(من الدعوة)**[1] في قوله: **(قام المانع من الدعوة)**[2] صلة للمانع؛ أي: العتق الذي هو مانع من الدعوة والاستيلاد إنما قام في البيع، وهو الأم، في الوجه الأول، فلم يؤثر منعه في الأصل.

قوله: (وليس من ضروراته) إلى آخره، جواب سؤال وهو أن يقال: ينبغي أن يثبت الاستيلاد في الأم؛ إذْ بثبوت نسب الولد يثبت الاستيلاد في الأم، فقال: **(ليس من ضروراته كما في الولد المغرور فإنه حر)** الأصل، ثابت النسب من المستولد، وأمه لا تكون أم ولد؛ بل تكون رقيقة حتى تُباعُ في السوق، فإذا لم يكن كونها أم ولد للمدعي من ضرورات ثبوت النسب لا تصير أم ولد، سواء ادعاه قبل عتق المشتري أو بعده.

(وفي الفصل الثاني) وهو فيما إذا أعتق المشتري الولد ثم ادعاه البائع.

(فيتمنع ثبوته) أي: ثبوت ما ذكرنا من الدعوة والاستيلاد **(فيه)** أي: في الأصل **(وفي التبع)** وهو الأم **(وإنما كان الإعتاق)** أي: إعتاق المشتري الولدَ **(مانعًا)** لدعوة البائع **(لأنه)** أي: الإعتاق **(لا يحتمل النقض، كحق استلحاق النسب)** أي: من البائع في حق الولد **(وحق الاستيلاد)** أي: حق استيلاد البائع في حق الأم **(فاستويا)** أي: استوى إعتاق المشتري وحق استلحاق البائع **(من هذا الوجه)** أي: من حيث إنهما لا يحتملان النقض، لكن ترجح إعتاق المشتري بوجهٍ آخر، وهو أن الذي من المشتري حقيقة الإعتاق، وما وجد من البائع حق استلحاق النسب، والحقيقة أقوى من الحق؛ فلذلك لم نقل بصحة دعوة البائع فيما إذا أعتق المشتري الولد.

وذكر قاضي خان: إنما لا تصح [٢/ ٢٦٠/ب] دعوة البائع بعد إعتاق

---

(١) (٢) انظر المتن ص ٨٦٣.

فِي الأُمِّ حَقُّ الحُرِّيَّةِ، وَفِي الوَلَدِ لِلْبَائِعِ حَقُّ الدَّعْوَةِ، وَالحَقُّ لَا يُعَارِضُ الحَقِيقَةَ، وَالتَّدْبِيرُ بِمَنْزِلَةِ الإِعْتَاقِ، لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ وَقَدْ ثَبَتَ بِهِ بَعْضُ آثَارِ الحُرِّيَّةِ. وَقَوْلُهُ فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ : يُرَدُّ عَلَيْهِ بِحِصَّتِهِ مِن الثَّمَنِ، قَوْلُهُمَا، وَعِنْدَهُ: يُرَدُّ بِكُلِّ الثَّمَنِ، هُوَ الصَّحِيحُ كَمَا ذَكَرْنَا فِي فَصْلِ المَوْتِ.

المشتري؛ لأن المشتري استحق الولاء عليه بالإعتاق، وهو بمنزلة النسب، فلا يمكن إبطاله، ولو ثبت نسبه من المشتري لا تصح دعوة البائع فكذا هذا.

وقال: هذا كله فيما إذا علم أن العلوق كان في ملك البائع، وإن كان مشكلًا، بأن جاءت لستة أشهر فصاعدًا، أو لأقل من سنتين من وقت البيع، فلا تصح دعوتُه إلا بتصديق المشتري.

(**وقوله: في الفصل الأول**) وهو ما إذا ادعى البائع الولد، وقد أعتق المشتري الأم.

وقوله: (**هو الصحيح**) احتراز عما ذكر شمس الأئمة وقاضي خان والمحبوبي بأن البائع يرد ما يخص الولد من الثمن لا كل الثمن؛ لأن أم الولد لا قيمة لها عنده، وهذا قول يخالف الرواية؛ لما ذكرنا أن البيع لم يبطل في حق الجارية.

وفي المبسوط[1]: يرد في الموت كل الثمن عند أبي حنيفة، وفي الإعتاق حصة الولد فقط، وفرّق أبو حنيفة بين الموت والعتق.

ووجهه: أن القاضي كذب البائع فيما زعم في الإعتاق، حيث جعلها معتقة للمشتري أو مدبرة أو أم ولد له، فلم يبق لزعم البائع أنها أم ولده عبرة، ولم يوجد التكذيب في فصل الموت؛ إذْ بموتها لم يَجْرِ الحكم، بخلاف ما لو زعم فبقي زعمه معتبرًا، فيؤاخذ بزعمه، فيرد حصتها أيضًا.

فإن قيل: ينبغي ألا يكون للولد حصة من الثمن؛ لأنه حادث بعد قبض المشتري، ولا حصة الحادث منه.

وقلنا: الولد حَدَثَ صورةً بعدَ القبضِ، ومعنًى حَدَثَ قبلَهُ؛ لثبوت علوقه في

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ١٠٣).

قَالَ: (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا، وُلِدَ عِنْدَهُ وَبَاعَهُ الْمُشْتَرِي مِن آخَرَ، ثُمَّ ادَّعَاهُ البَائِعُ الأَوَّلُ، فَهُوَ ابْنُهُ وَيَبْطُلُ البَيْعُ) لِأَنَّ البَيْعَ يَحْتَمِلُ النَّقْضَ، وَمَا لَهُ مِن حَقِّ الدَّعْوَةِ لَا يَحْتَمِلُهُ، فَيُنْقَضُ البَيْعُ لِأَجْلِهِ، وَكَذَا إِذَا كَاتَبَ الوَلَدَ أَوْ رَهَنَهُ، أَوْ أَجَّرَهُ، أَوْ كَاتَبَ الأُمَّ أَوْ رَهَنَهَا، أَوْ زَوَّجَهَا، ثُمَّ كَانَتْ الدَّعْوَةُ، لِأَنَّ هَذِهِ العَوَارِضَ تَحْتَمِلُ النَّقْضَ فَيُنْقَضُ ذَلِكَ كُلُّهُ وَتَصِحُّ الدَّعْوَةُ، بِخِلَافِ الإِعْتَاقِ وَالتَّدْبِيرِ عَلَى مَا مَرَّ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَاهُ الْمُشْتَرِي أَوَّلًا ثُمَّ ادَّعَاهُ البَائِعُ، حَيْثُ لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ مِن البَائِعِ، لِأَنَّ النَّسَبَ الثَّابِتَ مِن الْمُشْتَرِي لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ فَصَارَ كَإِعْتَاقِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ ادَّعَى نَسَبَ أَحَدِ التَّوْأَمَيْنِ ثَبَتَ نَسَبُهُمَا مِنهُ) لِأَنَّهُمَا مِن مَاءٍ وَاحِدٍ، فَمِن ضَرُورَةِ ثُبُوتِ نَسَبِ أَحَدِهِمَا ثُبُوتُ نَسَبِ الآخَرِ، وَهَذَا لِأَنَّ التَّوْأَمَيْنِ وَلَدَانِ بَيْنَ

ملك البائع، ولهذا للبائع سبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة وإن قبضه المشتري، كما له سبيل من الفسخ قبل القبض قبل الاستهلاك، وإذا كان كذلك كان له حصة من الثمن، كما لو استهلكه قبل القبض، وهاهنا استهلكه بالدعوة.

قوله: (ولد عنده) أي: كان أصل العلوق في ملكه.

وقوله: **(لأن البيع يحتمل النقض)** وخصص البيع؛ للاحتراز عن الإعتاق والتدبير، فإنهما لا يحتملان النقض.

وقوله: **(على ما مرَّ)** إشارة إلى **قوله: (لأنه لا يحتمل النقض)**.

قوله: (نسب أحد التوأمين) يعني: باع أحد التوأمين وادَّعى نسب الآخر، والتوأم اسم للولد إذا كان معه آخر في بطن واحد.

وفي المغرب[١]: ويقال: هما توأمان، ويقال: هما توأم خطأ، كما لو قال: هما زوج، ويقال للأنثى: توأمة.

وفي مبسوط شمس الأئمة[٢]: إن ذكر التوأم مكان التوأمين صحيحٌ في اللغة، حتى لو قال: غلامان توأم أو توأمان، كلاهما صحيحٌ عند أهل اللغة.

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٥٨).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٧/ ١٠٥).

وِلَادَتِهِمَا أَقَلُّ مِن سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَلَا يُتَصَوَّرُ عُلُوقُ الثَّانِي حَادِثًا، لِأَنَّهُ لَا حَبَلَ لِأَقَلَّ مِن سِتَّةِ أَشْهُرٍ. وَفِي الجَامِعِ الصَّغِيرِ: إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ غُلَامَانِ تَوْأَمَانِ وُلِدَا عِنْدَهُ، فَبَاعَ أَحَدَهُمَا وَأَعْتَقَهُ المُشْتَرِي ثُمَّ ادَّعَى البَائِعُ الَّذِي فِي يَدِهِ، فَهُمَا ابْنَاهُ وَبَطَلَ عِتْقُ المُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ نَسَبُ الوَلَدِ الَّذِي عِنْدَهُ لِمُصَادَفَةِ العُلُوقِ وَالدَّعْوَةِ مِلْكَهُ، إِذْ المَسْأَلَةُ مَفْرُوضَةٌ فِيهِ ثَبَتَ بِهِ حُرِّيَّةُ الأَصْلِ فِيهِ فَيَثْبُتُ نَسَبُ الآخَرِ، وَحُرِّيَّةُ الأَصْلِ فِيهِ ضَرُورَةٌ لِأَنَّهُمَا تَوْأَمَانِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ عِتْقَ المُشْتَرِي وَشِرَاءَهُ لَاقَى حُرِّيَّةَ الأَصْلِ فَبَطَلَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الوَلَدُ وَاحِدًا، لِأَنَّ هُنَاكَ يَبْطُلُ العِتْقُ فِيهِ مَقْصُودًا لِحَقِّ دَعْوَةِ

قوله: (غلامان توأمان) إلى آخره، وتأويل المسألة: إذا كان علوقهما جميعًا في ملك المدّعي؛ لأن دعوة البائع صحت في الذي عنده لمكان الملك والعلوق فيه، وإنما أعاد لفظ الجامع لما فيه زيادة، وهي قوله: ولد عنده، وفيه إشارة إلى ما ذكرنا.

قوله: (لاقى حُرَّ[1] الأصل فبطل) أي: عتق المشتري، وفي بعض النسخ: **(عتق المشتري وشراءه لاقى)** إلى آخره، فحينئذٍ يكون الضمير المستكن في **(بطل)** رَاجعًا إلى كل واحدٍ منهما؛ لأن تحرير الحر باطل؛ إذْ فيه إثبات الثابت.

قوله: (لأن هناك يبطل العتق فيه مقصودًا) يعني لو بطل عتق المشتري في تلك الصورة إنما يبطل العتق الثابت مقصودًا بسبب حق دعوة البائع، وأنه لا يجوز؛ لأن عتق المشتري عتق حقيقي، ومن البائع حق الدعوة، والحق أدنى من الحقيقة فلا يعارضها، فكيف يرفعها! فلذلك لا يبطل عتق المشتري.

أما في مسألتنا لو بطل عتق المشتري إنما يبطل بطريق التبعية لمن هو حر الأصل الذي ثبت مقصودًا من المدعي، وهو دعوة البائع للذي في يده، فتصح، ومن ضرورة ثبوت حرية الأصل فيه ثبوت حرية الأصل للآخر ضمنًا وتبعًا؛ لأنهما توأمان، فيستغنى عن قيام الولاء، فيبطل إعتاق المشتري ضرورة؛ لأنه تبين أنه لاقى غير محله؛ لما ذكرنا أن حر الأصل لا يعتق. إليه أشار قاضي خان والمرغيناني في فوائده، والسرخسي في جامعه.

---

(١) كذا بالأصول الخطية، وتقدم في المتن: (حرية).

البَائِعِ، وَهُنَا ثَبَتَ تَبَعًا لِحُرِّيَّتِهِ فِيهِ حُرِّيَّةُ الأَصْلِ فَافْتَرَقَا (وَلَوْ لَمْ يَكُنْ أَصْلُ العُلُوقِ فِي مِلْكِهِ ثَبَتَ نَسَبُ الوَلَدِ الَّذِي عِنْدَهُ، وَلَا يُنْقَضُ البَيْعُ فِيمَا بَاعَ) لِأَنَّ هَذِهِ دَعْوَةُ تَحْرِيرٍ لِانْعِدَامِ شَاهِدِ الِاتِّصَالِ، فَيَقْتَصِرُ عَلَى مَحَلِّ وِلَايَتِهِ.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الصَّبِيُّ فِي يَدِ رَجُلٍ فَقَالَ: هُوَ ابْنُ عَبْدِي فُلَانٍ الغَائِبِ، ثُمَّ قَالَ: هُوَ ابْنِي لَمْ يَكُنْ ابْنَهُ أَبَدًا، وَإِنْ جَحَدَ العَبْدُ أَنْ يَكُونَ ابْنَهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إِذَا جَحَدَ العَبْدُ فَهُوَ ابْنُ المَوْلَى)(*) وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ، إِذَا

قوله: (لأن هذه دعوة تحرير) لأنه لما لم يكن أصل علوقهما في ملك البائع كانت دعوته دعوة تحرير، وكان قوله: **(هذا ابني)** مجازًا عن قوله: **(هذا حر)** وإعتاق أحد التوأمين ينفصل عن إعتاق الآخر، فيقتصر هذا العتق على محل ولايته، وصار كأن البائع أعتقهما، فيعتق من في ملكه فحسب، وهذا بخلاف ما لو اشترى أحد التوأمين واشترى أب المشتري [٢/ ٢٦٢/أ] الآخر، ثم ادَّعى أحدهما نسبه، حيث يعتق كلاهما، وهذا دعوة تحرير فينبغي أن يقتصر على محل ولايته؛ لما أن المدعي لأحدهما إما أن كان أب المشتري أو المشترى، فإن كان أب المشتري فالابن ملك أخيه، فيعتق عليه، وإن كان المدعي هو الابن فالأب ملك حافدته، فيعتق عليه. كذا ذكره التمرتاشي.

قوله: (لم يكن ابنه أبدًا) يعني: سواء صدَّقه العبد الغائب أو كذَّبه، أو لم يُعرف منه تكذيب ولا تصديق؛ لأن إقراره ثبوت نسبه من الغير يمنع ثبوت النسب منه؛ إذْ إقراره حجة في حقه.

وفي جامع المحبوبي: فلو حضر العبد إما أن صدق المولى أو كذبه، أو لم يصدقه ولم يكذبه، ففي الوجه الأول والثالث لم تصح دعوة المولى بعد ذلك بالإجماع؛ لأنه لم يتصل بإقراره تكذيب من جهة المقر له، فبقي إقراره صحيحًا، وفي الوجه الثاني، وهو ما إذا أكذبه ثم ادَّعى المولى نسبه؛ لم تصح دعوته عنده، خلافًا لهما، ولكن يعتق عليه وإن لم يثبت نسبه من المولى. ذكره في المبسوط.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

قَالَ: هُوَ ابْنُ فُلَانٍ وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ ثُمَّ ادَّعَاهُ لِنَفْسِهِ. لَهُمَا: أَنَّ الإِقْرَارَ ارْتَدَّ بِرَدِّ العَبْدِ فَصَارَ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ الإِقْرَارُ، وَالإِقْرَارُ بِالنَّسَبِ يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ وَإِنْ كَانَ لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ يَعْمَلُ فِيهِ الإِكْرَاهُ وَالهَزْلُ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ المُشْتَرِي عَلَى البَائِعِ بِإِعْتَاقِ المُشْتَرَى فَكَذَّبَهُ البَائِعُ، ثُمَّ قَالَ: أَنَا أَعْتَقْتُهُ يَتَحَوَّلُ الوَلَاءُ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَدَّقَهُ لِأَنَّهُ يَدَّعِي بَعْدَ ذَلِكَ نَسَبًا ثَابِتًا مِن الغَيْرِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يُصَدِّقْهُ وَلَمْ يُكَذِّبْهُ، لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ المُقَرِّ لَهُ عَلَى اعْتِبَارِ تَصْدِيقِهِ فَيَصِيرُ كَوَلَدِ المُلَاعَنَةِ، فَإِنَّهُ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ مِن غَيْرِ المُلَاعِنِ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ.

قوله: (وإن كان أي: النسب **(لا يحتمل النقض، ألا يرى أنه)** أي: الإقرار بالنسب **(يعمل فيه الإكراه)** حتى لو أكره بالإقرار ببنوة عبده فأقر لا يجوز، وكذا لو أقر به هازلًا، وإذا أريد بالرد صار كأنه لم يقر أصلًا، أو نفى نسبه ثم ادَّعاه، وهناك تصح دعوته، كذا هنا؛ وذلك لأنَّ بقوله: (ليس بابني) أنكر أن يكون للابن عليه حقوق مالية، وبقوله: (هو ابني) بعد ذلك أقر على نفسه بالحقوق المالية، والإقرار بالحقوق المالية بعد إنكاره صحيح. ذكره في الذخيرة وجامع المحبوبي.

(ثم قال) أي: المشتري **(أنا أعتقته يتحول الولاء إليه)** أي: إلى المشتري، فصار كأنه لم يقر أصلًا.

قوله: (والإقرار بمثله) أي: بمثل ما لا يحتمل النقض لا يبطل بالرد بعد ثبوته بالتكذيب، كمن أقرَّ بحرية عبد إنسان، وكذَّبه المولى لا يبطلُ إقراره، حتى لو اشتراه بعد ذلك يعتق عليه، ولا خلاف فيه لأحدٍ، وكذا في دعوة النسب لم يبطل قوله في حقه.

وفي المبسوط[1]: أقر بشيئين: أحدهما: ثبوت النسب من الغير، والآخر: خروجه عن دعوى هذا النسب أصلًا، وبتكذيب المقر له يبطل ما هو حقه، ولا يبطل ما لا حق له فيه، وهذا معنى قوله: **(وهذا؛ لأنه تعلق به حق المقر له)** إلى آخره.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ١١٢).

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ النَّسَبَ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ النَّقْضَ بَعْدَ ثُبُوتِهِ، وَالإِقْرَارُ بِمِثْلِهِ لَا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ فَبَقِيَ فَتَمْتَنِعُ دَعْوَتُهُ، كَمَنْ شَهِدَ عَلَى رَجُلٍ بِنَسَبِ صَغِيرٍ فَرُدَّتْ شَهَادَتُهُ لِتُهْمَةٍ ثُمَّ ادَّعَاهُ لِنَفْسِهِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُقَرِّ لَهُ عَلَى اعْتِبَارِ تَصْدِيقِهِ، حَتَّى لَوْ صَدَّقَهُ بَعْدَ التَّكْذِيبِ يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنْهُ، وَكَذَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْوَلَدِ فَلَا يَرْتَدُّ بِرَدِّ الْمُقَرِّ لَهُ. وَمَسْأَلَةُ الْوَلَاءِ عَلَى هَذَا الخِلَافِ، وَلَوْ سَلِمَ فَالْوَلَاءُ قَدْ يَبْطُلُ بِاعْتِرَاضِ الأَقْوَى كَجَرِّ الْوَلَاءِ مِن جَانِبِ الأُمِّ إِلَى قَوْمِ الأَبِ.

وَقَدْ اعْتَرَضَ عَلَى الْوَلَاءِ الْمَوْقُوفِ مَا هُوَ أَقْوَى، وَهُوَ دَعْوَى الْمُشْتَرِي فَيَبْطُلُ بِهِ، بِخِلَافِ النَّسَبِ عَلَى مَا مَرَّ.

وَهَذَا يَصْلُحُ مَخْرَجًا عَلَى أَصْلِهِ فِيمَنْ يَبِيعُ الوَلَدَ وَيَخَافُ عَلَيْهِ الدَّعْوَةَ بَعْدَ ذَلِكَ، فَيَقْطَعُ دَعْوَاهُ إِقْرَارُهُ بِالنَّسَبِ لِغَيْرِهِ.

قوله: (ردت شهادته لتهمة) كالفسق والقرابة **(ثم ادعاه)** أي: الشاهد **(لنفسه)** لم تصح دعوته.

قوله: (كَجَرِّ الولاء من جانب الأم)، صورته: معتقة تزوجت بعبد، وولدت منه أولادًا، فجنى الأولاد كان عقل جنايتهم على موالي الأم؛ لأن الأب ليس من أهل الولاء، فكان ملحقًا بقوم الأم، فإذا أعتق العبد جر ولاء الأولاد إلى نفسه. هكذا روي عن عمر، ذكره قاضي خان.

(وقد اعترض على الولاء الموقوف) وهو الولاء من جانب البائع، وسماه موقوفًا؛ لأنه على عرضية التصديق بعد التكذيب **(ما هو أقوى، وهو دعوى المشتري)** ودعواه أقوى؛ لقيام ملكه في الحال، فكان دعواه الولاء إلى نفسه بسبب الإعتاق مصادفًا محله لوجود شرطه، وهو قيام الملك **(بخلاف النسب على ما مرَّ)** وهو قوله: **(إن النسب لا يحتمل النقض)** ولأن المعتقة إذا ارتدت ولحقت، ثم سبيت وأعتقت فولاؤها لمن أعتقها ثانيًا، وبطل ولاء الأول، والنسب إذا ثبت حقيقة لا يحتمل الانتقاض.

قوله: (وهذا) أي: ما قاله **(يصلح مخرجًا)** أي: حيلة **(على أصل أبي حنيفة فيمن يبيع الولد)**.

قَالَ: (وَإِذَا كَانَ الصَّبِيُّ فِي يَدِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ، فَقَالَ النَّصْرَانِيُّ: هُوَ ابْنِي، وَقَالَ الْمُسْلِمُ: هُوَ عَبْدِي، فَهُوَ ابْنُ النَّصْرَانِيِّ، وَهُوَ حُرٌّ) لِأَنَّ الإِسْلَامَ مُرَجِّحٌ فَيَسْتَدْعِي تَعَارُضًا، وَلَا تَعَارُضَ، لِأَنَّ نَظَرَ الصَّبِيِّ فِي هَذَا أَوْفَرُ، لِأَنَّهُ يَنَالُ شَرَفَ الحُرِّيَّةِ حَالًا وَشَرَفَ الإِسْلَامِ مَآلًا، إِذْ دَلَائِلُ الوَحْدَانِيَّةِ ظَاهِرَةٌ، وَفِي عَكْسِهِ الحُكْمُ بِالإِسْلَامِ تَبَعًا وَحِرْمَانُهُ عَنْ الحُرِّيَّةِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي وُسْعِهِ اكْتِسَابُهَا (وَلَوْ كَانَتْ دَعْوَتُهُمَا دَعْوَةَ الْبُنُوَّةِ فَالْمُسْلِمُ أَوْلَى) تَرْجِيحًا لِلْإِسْلَامِ وَهُوَ أَوْفَرُ النَّظَرَيْنِ.

تفسيره: رجل في يده صبي ولد على ملكه ويبيعه، ولا يأمن المشتري أن يدَّعيه فينقض البيع، فحيلة الأمن من انتقاض البيع أن يقر البائع أنه ابن عبده الغائب، فإن بعد هذا الإقرار لا تصح دعوته عنده، فيأمن المشتري من انتقاض البيع.

وفي الفوائد الظهيرية: الحيلة في هذه المسألة على قول الكل أن يقر البائع أن هذا ابن عبده الميت حتى لا يتأتى فيه تكذيب، فيكون مخرجًا على قول الكل.

قوله: (هو ابن النصراني) يعني: إذا ادَّعيا معًا، وبه صرَّح في الفوائد الظهيرية، وفيه: إلا أنَّ دعوة المسلم لو سبقت يكون عبدًا للمسلم.

(لأن الإسلام مرجِّح) بكسر الجيم على صيغة الفاعل **(فيستَدْعي تعارضًا، ولا تعارض)** يعني الإسلام إنما يكون مرجحًا عند وجود المعارضة، ولا معارضة هاهنا؛ لأن المعارضة إنما تكون عند وجود المساواة، ولا مساواة بين الرِّقِّيَّة والحرية فيما يرجع إلى منفعة الصبي؛ لأن منفعة [٢/ ٢٦٢/ب] الحرية له أكثر **(لأنه ينال شرف الحرية حالًا، وشرف الإسلام مآلًا)** لأنه يمكنه اكتساب الإسلام بنفسه؛ لوضوح دلائل الوحدانية، وسطوع براهين الألوهية.

فَفِي كُلِّ شيءٍ لَه آيةٌ تَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ واحِدُ

وفي عكسه الحكم بالإسلام تبعًا إما لأبيه أو لمولاه؛ لأنه ليس في وسعه اكتساب الحرية بنفسه، وقد مرَّت المسألة بتفاصيلها في اللقيط.

قوله: (ترجيحًا للإسلام)، فإن قيل: يشكل هذا بما لو ادَّعى غلام نصراني قد احتلم على رجل نصراني وامرأة نصرانية أنه ابنهما، وادَّعاه مسلم ومسلمة أنه

قَالَ: (وَإِذَا ادَّعَتْ امْرَأَةٌ صَبِيًّا أَنَّهُ ابْنُهَا: لَمْ تَجُزْ دَعْوَاهَا حَتَّى تَشْهَدَ امْرَأَةٌ عَلَى الوِلَادَةِ) وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ: أَنْ تَكُونَ المَرْأَةُ ذَاتَ زَوْجٍ، لِأَنَّهَا تَدَّعِي تَحْمِيلَ النَّسَبِ عَلَى الغَيْرِ، فَلَا تُصَدَّقُ إِلَّا بِحُجَّةٍ، بِخِلَافِ الرَّجُلِ لِأَنَّهُ يُحَمِّلُ نَفْسَهُ النَّسَبَ، ثُمَّ شَهَادَةُ القَابِلَةِ كَافِيَةٌ فِيهَا، لِأَنَّ الحَاجَةَ إِلَى تَعْيِينِ الوَلَدِ.

ابنهما، وأقام كل واحدٍ بينة؛ فبينة الغلام أولى، ولم تترجح بينة المسلمين بإسلامهما بعد وجود المساواة بين الدعوتين في دعوى النسب. ذكر المسألة المحبوبي في جامعه.

قلنا: ترجحت بينة الغلام لأنه أشبه بالمدعيين، وقال عليه السلام: «**البَيِّنَةُ عَلى المدّعِي**»[1]، فمن كان به أشبه أولى[2] كانت بينته أولى؛ وذلك لأن معظم المنفعة في النسب للوالدين؛ لأن الولد يُعيَّر إذا لم يكن له أبٌ معروف، والوالد لا يعير إذا لم يكن له ولد، فكان بينته تثبت الحق لنفسه، فصار أشبه بالمدعيين. كذا ذكره في الذخيرة.

وفي الإيضاح: بينة الغلام أولى؛ لأنه صاحب يد، فصار كما لو ادَّعيا عينًا بالشراء من واحد، وأقاما بينة، وأحدهما صاحب اليد فهو أولى، كذا هُنَا.

قوله: (ومعنى المسألة) إلى آخره، قيد به؛ لأنه إذا لم يكن لها زوج؛ فالقول لها من غير بينة، كما في الرجل، فعلى ما ذكر في الكتاب بعد هذا، ومن المشايخ من أجرى المسألة على إطلاقها ورد قولها وإن لم تكن ذات زوج؛ عملًا بإطلاق ما ذكر محمد، وفرق بين الرجل والمرأة، حيث يجوز دعوى الرجل النسب بلا بينة، ولا يجوز من المرأة.

ووجه فرقه: أن الأصل أن كل من ادَّعى معنى لا يمكنه إثباته بالبينة ـ كان

---

(١) أخرجه الترمذي (٣/ ١٩ رقم ١٣٤١)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/ ١٢٣ رقم ١٦٨٨٢) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما: أن النبي ﷺ قال في خطبته: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه».
قال الترمذي: هذا حديث في إسناده مقال، ومحمد بن عبيد الله العرزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه، ضعفه ابن المبارك، وغيره.

(٢) كذا في الأصول الخطية.

أَمَّا النَّسَبُ فَيَثْبُتُ بِالفِرَاشِ القَائِمِ، وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَبِلَ شَهَادَةَ القَابِلَةِ عَلَى الوِلَادَةِ» (وَلَوْ كَانَتْ مُعْتَدَّةً فَلَا بُدَّ مِن حُجَّةٍ تَامَّةٍ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مَنْكُوحَةً وَلَا مُعْتَدَّةً قَالُوا: يَثْبُتُ النَّسَبُ مِنهَا بِقَوْلِهَا، لِأَنَّ فِيهِ إِلْزَامًا عَلَى نَفْسِهَا دُونَ غَيْرِهَا.

(وَإِنْ كَانَ لَهَا زَوْجٌ، وَزَعَمَتْ أَنَّهُ ابْنُهُمَا مِنهُ، وَصَدَّقَهَا: فَهُوَ ابْنُهُمَا وَإِنْ لَمْ تَشْهَدْ امْرَأَةٌ) لِأَنَّهُ التَزَمَ نَسَبَهُ فَأَغْنَى ذَلِكَ عَنْ الحُجَّةِ.

(وَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ فِي أَيْدِيهِمَا، وَزَعَمَ الزَّوْجُ أَنَّهُ ابْنُهُ مِن غَيْرِهَا، وَزَعَمَتْ أَنَّهُ ابْنُهَا مِن غَيْرِهِ، فَهُوَ ابْنُهُمَا) لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الوَلَدَ مِنهُمَا لِقِيَامِ أَيْدِيهِمَا، أَوْ لِقِيَامِ الفِرَاشِ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا يُرِيدُ إِبْطَالَ حَقِّ صَاحِبِهِ فَلَا يُصَدَّقُ عَلَيْهِ، وَهُوَ نَظِيرُ ثَوْبٍ فِي يَدِ رَجُلَيْنِ يَقُولُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنهُمَا: هُوَ بَيْنِي وَبَيْنَ رَجُلٍ آخَرَ غَيْرِ صَاحِبِهِ، يَكُونُ الثَّوْبُ بَيْنَهُمَا، إِلَّا أَنَّ هُنَاكَ يَدْخُلُ المُقَرُّ لَهُ فِي نَصِيبِ المُقِرِّ، لِأَنَّ المَحَلَّ يَحْتَمِلُ الشَّرِكَةَ، وَهَاهُنَا لَا يَدْخُلُ لِأَنَّ النَّسَبَ لَا يَحْتَمِلُهَا.

القول له فيه، وكل من يدعي معنى يمكن إثباته بالبينة لا يقبل قوله إلا بالبينة.

وبيان هذا: أن من قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، فادَّعت الدخول وكذَّبها الزوج لا يصدق إلا ببينة؛ لإمكان إثباته بالبينة، وبمثله لو علَّق طلاقها بحيضها فقال: حضت؛ يقبل قولها بلا بينة؛ للعجز عن الإثبات بالبينة، وفي مسألتنا يمكن لها إثبات النسب بالبينة؛ لأن انفصال الولد منها مما يشاهد ويعاين، ولا كذلك الرجل؛ لأنه لا يمكنه إقامة البينة على الإعلاق والإحبال؛ لمكان الخفاء والتغيب عن عيون الناظرين، فيصدق بلا شهادة قابلة، ولأن دعوى الرجل إقرار على نفسه بوجوب النفقة والحفظ والتربية، أما دعوى المرأة فإقرار على الزوج؛ إذْ لا يلزمها شيءٌ من ذلك، والدَّعوى لا تقبل إلا بحجة. كذا ذكره المرغيناني وقاضي خان.

قوله: (**ولو كان الصبي في أيديهما**) إلى أن قال: (**فهو ابنهما**) هذا إذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه، فإن كان يعبر؛ فالقول له أيَّهما صَدَّق ثَبَتَ نسبُه بتصديقه، وعند الأئمة الثلاثة لا يعتبر تصديقه.

قَالَ: (وَمَنْ اشْتَرَى جَارِيَةً فَوَلَدَتْ وَلَدًا عِنْدَهُ، فَاسْتَحَقَّهَا رَجُلٌ، غَرِمَ الأَبُ قِيمَةَ الوَلَدِ يَوْمَ يُخَاصِمُ) لِأَنَّهُ وَلَدُ المَغْرُورِ، فَإِنَّ المَغْرُورَ مَنْ يَطَأُ امْرَأَةً مُعْتَمِدًا عَلَى مِلْكِ يَمِينٍ، أَوْ نِكَاحٍ فَتَلِدُ مِنهُ ثُمَّ تُسْتَحَقُّ، وَوَلَدُ المَغْرُورِ حُرٌّ بِالقِيمَةِ بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ ﷺ، وَلِأَنَّ النَّظَرَ مِن الجَانِبَيْنِ وَاجِبٌ فَيُجْعَلُ الوَلَدُ حُرَّ الأَصْلِ فِي حَقِّ

قال التمرتاشي: التناقض لا يمنع صحة دعوى النسب، حتى لو قال رجلٌ: هو ابني منك من زنا وقالت: من نكاح، ثم قال الرجل: من نكاح، وقالت: ابنك مني من زنا؛ لم يثبت النسب منهما؛ لعدم اتفاقهما في النكاح، فلو قالت بعد ذلك: ابني منك من نكاح ـ يثبت؛ لما قلنا.

وفي الإيضاح: دعوى النسب لا تبطل بالتناقض؛ لأن التناقض بين المتساويين، ولا مساواة، فإن دعوى النسب أقوى من النفي، وفيه: لو تصادقا على أن الولد من الزنا من فلان يثبت النسب من الزوج؛ لأن سبب ثبوته قائم، وهو الفراش، وهو حق الصبي، فلا يقبل تصادقهما على إبطال النسب، وكذا لو كانت المنكوحة أمةً، أو كان النكاح فاسدًا؛ لأن الفراش قد وجد.

قوله: (معتمدًا على ملك يمين) بأي سبب كان، مثل الشراء والهبة والصدقة والوصية **(أو نكاح)** يعني تزوج امرأة على أنها حرة ثم ظهرت البينة أنها أمة؛ فالولد في هذه المسائل حرٌّ بالقيمة، روي ذلك عن عمر في النكاح، وعن علي في الشراء، وذا بمحضر من الصحابة، فحلَّ محل الإجماع.

قوله: (ولأن النظر من الجانبين واجب) إذِ المغرور بنى الأمر على سبب صحيح في الشرع، فاستوجب النظر، والأمة ملك المستحق، والولد يتفرع من ملكه، فاستوجب النظر أيضًا، فوجب الجمع بين حقيهما بقدر الإمكان، [٢/٢٦٣/أ] وذا بأن يحيي حق المستحق في معنى المملوك، وحق المغرور في صورته، فيجعل حر الأصل في حقه، وعبدًا في حق المستحق؛ ولهذا قال محمد: لو تزوَّج عبد امرأة غره رجل أنها حرة فولدت، ثم ظهرت أنها أمة؛ فالولد حر بالقيمة عنده؛ لأن الصحابة حكموا بذلك، فلا فصل بين أب وأب.

وقال أبو حنيفة: متولد من رقيقين فكيف يكون حرًا! والمنقول عنهم في حق الأبِ الحرِّ.

أَبِيهِ رَقِيقًا فِي حَقِّ مُدَّعِيهِ نَظَرًا لَهُمَا، ثُمَّ الوَلَدُ حَاصِلٌ فِي يَدِهِ مِن غَيْرِ صُنْعِهِ فَلَا يَضْمَنُهُ إِلَّا بِالمَنْعِ، كَمَا فِي وَلَدِ المَغْصُوبَةِ، فَلِهَذَا تُعْتَبَرُ قِيمَةُ الوَلَدِ يَوْمَ الخُصُومَةِ، لِأَنَّهُ يَوْمُ المَنْعِ (وَلَوْ مَاتَ الوَلَدُ لَا شَيْءَ عَلَى الأَبِ) لِانْعِدَامِ المَنْعِ، وَكَذَا لَوْ تَرَكَ مَالًا، لِأَنَّ الإِرْثَ لَيْسَ بِبَدَلٍ عَنْهُ، وَالمَالُ لِأَبِيهِ، لِأَنَّهُ حُرُّ الأَصْلِ فِي حَقِّهِ فَيَرِثُهُ (وَلَوْ قَتَلَهُ الأَبُ يَغْرَمُ قِيمَتَهُ) لِوُجُودِ المَنْعِ (وَكَذَا لَوْ قَتَلَهُ غَيْرُهُ فَأَخَذَ دِيَتَهُ)، لِأَنَّ سَلَامَةَ بَدَلِهِ

(لأنه) أي: يوم الخصومة **(يوم المنع)**.

وفي شرح الطحاوي: تعتبر قيمته يوم القضاء بالقيمة؛ لأنه انغلق في حق المستحق رقيقًا، فلا يتحول حقه في العين إلى البدل إلا بالقضاء، فتعتبر قيمته يوم القضاء.

(ولو مات الولد) أي: مات قبل الخصومة **(لا شيء على الأب)** لأن الولد لو كان مملوكًا حقيقةً، كما في ولد الغصب، لم يكن مضمونًا قبل الطلب عندنا، فكذا إذا كان مملوكًا بجهة.

قوله: (وكذا لو ترك مالًا) أي: مات ولد المغرور، وترك مالًا ميراثًا لأبيه ـ لا يضمن الأب شيئًا من قيمته؛ وهذا لدفع شبهة، وهي أن يقال: لما أخذ ديته قامت الدية مقام الولد في المنع، فينبغي أن يجعل منع تركته كمنع ديته، فقال في جوابه: **(الإرث ليس ببدل عنه)** أي: عن الولد، بخلاف الدية، فلم يصر الولد سالمًا بسلامة الإرث، فلم يغرم شيئًا، والمال لأبيه؛ لأن الولد حر الأصل في حقه، فما ترك يكونُ ميراثًا لأبيه.

فإن قيل: ينبغي أن يكون الإرث مشتركًا؛ لأنه رقيق في حق المستحق، وإن كان حر الأصل في حق المستولد [فيكون مشتركًا نظرًا للجانبين.

قلنا: هو حر الأصل في حق المستحق][1] أيضًا، وإنما قدَّرنا الرق في حقه لضرورة القضاء بالقيمة، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة، ولأن الولد لو كان حيًّا فهو أحق بماله؛ لعدم استحقاق المستحق في ماله بالشك، فكذا بعد وفاة الولد هو أحق به، فيخلفه وارثه.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

لَهُ كَسَلَامَتِهِ، وَمَنْعَ بَدَلِهِ كَمَنْعِهِ فَيَغْرَمُ قِيمَتَهُ كَمَا إِذَا كَانَ حَيًّا (وَيَرْجِعُ بِقِيمَةِ الوَلَدِ عَلَى بَائِعِهِ) لِأَنَّهُ ضَمِنَ لَهُ سَلَامَتَهُ كَمَا يَرْجِعُ بِثَمَنِهِ، بِخِلَافِ العُقْرِ، لِأَنَّهُ لَزِمَهُ لِاسْتِيفَاءِ مَنَافِعِهَا فَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى البَائِعِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

(وكذا لو قتله غيره) أي: غير الأب (وأخذ) الأب (ديته).

وفي المبسوط: لو قضى له بديته ولم يقبضها لم يوجد بالقيمة؛ لأن المنع لا يتحقق فيما لم يصل إلى يده من البدل، ولو كان للولد ولد تحرر ديته وميراثه مع الأب، فخرج للأب من الدية مثل القيمة أو دونها قضى على الأب بمثل ذلك؛ لتحقق المنع في البدل ولا يقضى في التركة ولا في الدية؛ لأن هذا الضمان مستحقٌّ على الأب [لمنعه الولد بالحرية، وإنما يقضى في تركة الابن ما يكون على الابن، فإن كان الأب][(١)] ميتًا قضى [له][(٢)] في تركة الأب؛ لأنه دين عليه فيستوفى من تركته[(٣)].

قوله: (**ويرجع**) أي: المشتري المغرور على بائعه (**بقيمة الولد؛ لأنه**) أي: بائعه (**ضمن له**) أي: للمشتري (**سلامته**) أي: سلامة المبيع عن العيب، ولا عيب فوق الاستحقاق.

قوله: (**بخلاف العُقْر**) أي: لا يرجع بالعقر الذي أخذ منه المستحق، فإنه يجب عليه العقر بالإجماع لوطئه أمة الغير، وسقط الحد للشبهة، فيجب العقر.

وقال الشافعي: يرجع بالعقر كما يرجع بقيمة الولد وثمن الأمة، وبه قال مالك وأحمد؛ لأنه ضمان لزمه بسبب فوت سلامة مستحقة بالعقد، ولأن المنافع مال عنده، فصار كاستحقاق جزءٍ منه.

وقلنا: العقر عوض عمَّا استوفى من منافع البضع، فلا يستوجب الرجوع على غيره؛ لأنه لو رجع به سلم المستوفى له مجانًا، والوطء في ملك الغير لا يجوز أن يسلم للواطئ مجانًا، بخلاف ما ذكر؛ لأن البائع ضمن سلامة المبيع، والأولى للمشتري، فيرجع إذا لم يسلما له.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.
(٣) المبسوط للسرخسي (١٧/ ١٧٧).

....

وفي المبسوط: ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصي بشيء من قيمة الولد عندنا[١]، وقال الشافعي: يرجع به؛ لأن الغرور قد تحقق منه بإيجابه الملك له في المحل وإخباره أنها مملوكته، سواء كان بعوض أو بغير عوض.

وقلنا: مجرد الغرور لا يكفي لإثبات حق الرجوع، فإن من أخبر آخر بأن هذا الطريق آمن فسلك فيه، فأخذ اللصوص متاعه؛ لم يرجع على المخبر بشيء، وإنما ثبوت حق الرجوع باعتبار عقد المعاوضة؛ لاستحقاق صفة السلامة مستحقة[٢]؛ ولهذا لا يثبت له فيه حق الرد بالعيب، فلا يرجع المتبرع بقيمة الأولاد، ولأن عقد التبرع لا يكون سببًا لوجوب الضمان على المتبرع؛ ولهذا لو وهب شيئًا لا يجب عليه تسليمه، والملك لا يحصل له قبل التسليم؛ كيلا يلزمه ضمان التسليم.

ولو باعها المشتري من آخر واستولها المشتري الثاني، ثم استحقها رجل، وجعل القاضي الولد حرًا بالقيمة - يرجع المشتري الثاني على البائع الثاني بالثمن وبقيمة الولد، ويرجع المشتري الأول على البائع الأول بالثمن، ولا يرجع بقيمة الولد التي رجع عليه المشتري بها عند أبي حنيفة؛ لأن البائع الأول ضمن للمشتري الأول سلامة أولاده دون سلامة أولاد المشتري الثاني؛ [٢/ ٢٦٣/ب] لأن ضمان السلامة إنما يثبت بالبيع، والبيع الثاني يضاف إلى البائع الثاني لا الأول، وعندهما يرجع بقيمة الولد أيضًا؛ لأن المشتري الثاني إنما يرجع على بائعه بقيمة الولد؛ لأنه ضمن له سلامة الولد في ضمن البيع، وهذا المعنى يقتضي رجوعه على البائع الأول؛ لأن البائع الأول ضمن سلامة الولد له، ولم يسلم؛ لما أنه أخذ منه قيمة الولد، والله أعلم.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ١٧٨).

(٢) ذا في الأصول الخطية: وفي المبسوط: (لأن صفة السلامة تصير مستحقة به).

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

كِتَابُ الإِقْرَارِ

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ الحُرُّ البَالِغُ العَاقِلُ بِحَقٍّ لَزِمَهُ إِقْرَارُهُ، مَجْهُولًا كَانَ مَا أَقَرَّ بِهِ أَوْ مَعْلُومًا).

كِتَابُ الْإِقْرَارِ

لما فرغ من الدعوى شرع في الإقرار؛ لأن جواب الدعوى إما أن يكون إقرارًا أو إنكارًا، فشرع في الإقرار، ثم بالصلح؛ لأنه يكون في الأغلب بعد الإنكار.

ومحاسن الإقرار كثيرة، منها: انتفاء الواجب عن ذمته، ومنها إيصال الحق إلى صاحبه، واتباع صاحب الحق، وإرضاء خالق الخلق، فكم من صاحب ملك لا يعرف ملكه، أو لا يعرف مقدار حقه أو ملكه! ومنها: إحمادُ الناسِ المُقِرَّ بصدق القول ووفاء العهد.

ثم الكلام في الإقرار لغةً وشرعًا، وفي ركنه وشرطه وحكمه، ودليل كونه حجة.

أمَّا لغةً: (إِفْعال) من قَرَّ الشيء، إذا ثبت، فالإقرار إثبات لما كان متزلزلًا بين الإقرار والجحود.

وأما شرعًا: فإخبار عن ثبوت الحق للغير على نفسه.

وسببه: إرادة إسقاط الواجب عن ذمته.

وركنه: الألفاظ فيما يجب به موجب الإقرار.

وشرطه: العقل والبلوغ بلا خلاف، وفي كونِ المقر غير مبذر وغير سفيه وغير سكران اختلافٌ.

وحكمه: ظهور ما أقر به ولزومه لا إثباته ابتداءً؛ ألا ترى أنه لا يصح الإقرار بالطلاق والعتاق مع الإكراه، والإنشاء يصح مع الإكراه عندنا؛ ولهذا

....

قالوا: لو أقرَّ بمال لغيره كاذبًا، والمقر له يعلم أنه كاذب لا يحل له أخذه عن كره منه ديانةً، إلا أن يسلمه بطيب نفسه، فيكون كتمليك مبتدأ.

وقيل: حكمه: لزوم ما أقر به على المقر، وعمله إظهار ما أقر به لا التمليك به ابتداء.

ويدل عليه مسائل:

منها: أنه لو أقر بعين لا يملكه يصح إقراره وإن لم يملك تمليكه، حتى لو ملكه المقر يومًا من الدهر يؤمر بتسليمه إلى المقر له.

منها: أن إقرار المسلم بالخمر يصح وإن لم يملك تمليكًا مبتدأ.

ومنها: أن المريض الذي لا دين عليه إذا أقرَّ بجميع ماله لأجنبي صح إقراره، ولا يتوقف على إجازة الورثة، ولو كان تمليكًا لا ينفذ إلا بقدر الثلث عند عدم الإجازة.

منها: أن العبد المأذون لو أقرَّ بما في يده صح، ولو تبرع به ابتداء لا يجوز.

وهو مشروعٌ بالكتاب، قال تعالى: ﴿بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء:١٣٥] قال المفسرون: شهادة المرء على نفسه إقرار، وقال تعالى: ﴿بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ ﴿١٤﴾﴾ [القيامة:١٤] أي شاهدة، وقال تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ﴾ [البقرة:٢٨٢] والإملال: الإقرار، وقال تعالى: ﴿وَإِذْ أَخَذَ ٱللَّهُ مِيثَٰقَ ٱلنَّبِيِّۦنَ﴾ إلى قوله ﴿ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِى ۖ قَالُوٓا۟ أَقْرَرْنَا﴾ [آل عمران:٨١]، وقال تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ ٱعْتَرَفُوا۟ بِذُنُوبِهِمْ﴾ [التوبة:١٠٢]، وقال تعالى: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ ۖ قَالُوا۟ بَلَىٰ﴾ [الأعراف:١٧٢].

وبالسنة، فما روي أنه ﷺ رجم ماعزًا بإقراره على نفسه بالزنا، والغامدية بإقرارها[1]، وفي حديث العسيف «**فاغْدُ يا أُنَيْسُ بِامرَأَةِ هذا، فإنِ اعْتَرَفَتْ**

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٣٢١ رقم ١٦٩٥) من حديث بريدة بن الحصيب رضي الله عنه.

اعْلَمْ أَنَّ الإِقْرَارَ إِخْبَارٌ عَنْ ثُبُوتِ الحَقِّ، وَأَنَّهُ مُلْزِمٌ لِوُقُوعِهِ دَلَالَةً؛ أَلَا تَرَى كَيْفَ أَلْزَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَاعِزًا ﷺ الرَّجْمَ بِإِقْرَارِهِ وَتِلْكَ المَرْأَةَ بِاعْتِرَافِهَا. وَهُوَ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ لِقُصُورِ وِلَايَةِ المُقِرِّ عَنْ غَيْرِهِ فَيَقْتَصِرُ عَلَيْهِ.

وَشَرْط الحُرِّيَّةِ لِيَصِحَّ إِقْرَارُهُ مُطْلَقًا، فَإِنَّ العَبْدَ المَأْذُونَ لَهُ وَإِنْ كَانَ مُلْحَقًا بِالحُرِّ فِي حَقِّ الإِقْرَارِ، لَكِنَّ المَحْجُورَ عَلَيْهِ لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِالمَالِ وَيَصِحُّ بِالحُدُودِ وَالقِصَاصِ، لِأَنَّ إِقْرَارَهُ عُهِدَ مُوجِبًا لِتَعَلُّقِ الدَّيْنِ بِرَقَبَتِهِ وَهِيَ مَالُ المَوْلَى، فَلَا يُصَدَّقُ

فَارْجُمْها»(١) فلما جعل الإقرار حجة في الحدود التي تدرأ بالشبهات؛ فَلَأَنْ يكون حجة في غيرها أولى، وعليه إجماع الأمة.

والدليل المعقول: أن الإقرار خبر محتمل للصدق والكذب فيرجح جانب الصدق؛ لأنه غير متهم فيه، فإن المال محبوب المرء طبعًا، فلا يقر لغيره كاذبًا مع كمال عقله ودينه وطبعه والزواجر شرعًا عن الكذب.

قوله: **(إخبار عن ثبوت الحق)** لا إثبات كما بينا.

وفي المحيط: ولهذا لو أقرَّ بخمر للمسلم يصح ويؤمر بتسليمها إذا طلب استرداده، ولو أقر بخمر مستهلكة له لا يصح؛ لأنه لا يجب للمسلم يد الخمر.

(لوقوعه دلالة) أي: لوقوع الإقرار دلالة على وجود المخبر به.

قوله: **(وتلك المرأة)** وهي الغامدية، امرأة من غامِدٍ، حَيٌّ من الأَزْدِ.

قوله: **(وهو حجة قاصرة)** بخلاف البينة، فإنها تصير حجة بالقضاء، وله ولاية نفسه دون غيره فيقتصر عليه، حتى لو أقرَّ بمجهول الأصل بالرق جاز ذلك على نفسه وماله، ولم يصدق على أولاده وأمهاتهم ومدبريه ومكاتبيه؛ لأنه قد ثبت حق الحرية أو استحقاق الحرية، فلا يصدق عليهم.

[٢/ ٢٦٤/أ] **وقوله**: **(لأن إقراره)** أي: إقرار العبد المحجور **(عهد)** أي: عرف **(موجبًا تعلق الدين)** متصل **بقوله**: **(لا يصح إقراره بالمال)**.

(وهي مال المولى) يعني: ضعفت ذمته بالرق، فانضمت إليها مالية الرقبة، وهي ملك المولى، فلا يصح إقراره عليه.

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ١٠٢ رقم ٢٣١٤) ومسلم (٣/ ١٣٢٤ رقم ١٦٩٧) من حديث أبي هريرة ﷺ.

عَلَيْهِ، بِخِلَافِ المَأْذُونِ، لِأَنَّهُ مُسَلَّطٌ عَلَيْهِ مِن جِهَتِهِ، وَبِخِلَافِ الحَدِّ وَالدَّمِ، لِأَنَّهُ مُبْقًى عَلَى أَصْلِ الحُرِّيَّةِ فِي ذَلِكَ، حَتَّى لَا يَصِحَّ إِقْرَارُ المَوْلَى عَلَى العَبْدِ فِيهِ، وَلَا بُدَّ مِن البُلُوغِ وَالعَقْلِ، لِأَنَّ إِقْرَارَ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ غَيْرُ لَازِمٍ لِانْعِدَامِ أَهْلِيَّةِ الِالتِزَامِ، إِلَّا إِذَا كَانَ الصَّبِيُّ مَأْذُونًا لَهُ، لِأَنَّهُ مُلْحَقٌ بِالبَالِغِ بِحُكْمِ الإِذْنِ، ....

قوله: (بخلاف المأذون؛ لأنه) أي: المأذون **(مسلط عليه)** أي: على الإقرار **(من جهته)** أي: من جهة سيده؛ لأنه لما سلطه على التجارة، والتجارة لا تكون إلا بصحة الإقرار؛ إذْ لو لم يصح إقراره انحسم عليه باب التجارة، فإن الناس لا يبايعونه إذا علموا أن إقراره لا يصح؛ إذْ لا يتهيأ لهم الإشهاد في كل تجارة. كذا في مبسوط شيخ الإسلام والذخيرة، ولا خلاف فيه.

بخلاف الحدود والقصاص؛ لأنه مبقى على أصل الحرية؛ ولهذا لا يصح إقرار المولى عليه بالحد والقصاص، وبه قال الشافعي ومالك وأبو الخطاب الحنبلي.

وعن أحمد: أن إقرار العبد بالحد والقصاص في ما دون النفس يصح، وإقراره بما يوجب القصاص في النفس لا يقبل، ويبيع به بعد العتق، وبه قال زفر والمزني وداود بن جرير الطبري؛ لأن به يسقط حق سيده، فأشبه الإقرار بقتل الخطأ.

قوله: (ولا بدَّ من البلوغ والعقل) ولا نعلم فيه خلافًا.

قوله: (إلا إذا كان الصبي) العاقل **(مأذونًا)** فيصح إقرارُه في قدر ما أذن له فيه، وبه قال أحمد في رواية. وقال الشافعي: لا يصح إقراره مطلقًا، نعم لو ادَّعى البلوغ بالاحتلام في وقت إمكان صدق فيه، وبالسن لا يصدق إلا ببينته، وبه قال مالك وأحمد في رواية؛ لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «**رُفِعَ القَلَمُ عَن ثَلَاثٍ: عَن الصّبيِّ حتَّى يَبْلُغَ، وَعَنْ المَجْنُونِ حتّى يُفِيقَ، وعَنْ النّائمِ حتّى يَسْتَيْقِظَ**»(١).

وقلنا: إنه عامل مختار يصح تصرفه بإذن الولي، وكذا إقراره كالبالغ، وكما

---

(١) أخرجه أبو داود (٤/ ١٤١ رقم ٤٤٠٣)، والترمذي (٤/ ٣٢ رقم ١٤٢٣)، والنسائي في الكبرى (٦/ ٤٨٧ رقم ٧٣٠٣)، وابن ماجه (١/ ٦٥٩ رقم ٢٠٤٢)، وابن خزيمة (٤/ ٣٤٨ رقم ٣٠٤٨)، وابن حبان (١/ ٣٥٦ رقم ١٤٣) من حديث علي بن أبي طالب ﷺ. =

وَجَهَالَةُ المُقَرِّ بِهِ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقْرَارِ؛ لِأَنَّ الحَقَّ قَدْ يَلْزَمُ مَجْهُولًا بِأَنْ أَتْلَفَ مَالًا لَا يَدْرِي قِيمَتَهُ، أَوْ يَجْرَحَ جِرَاحَةً لَا يَعْلَمُ أَرْشَهَا، أَوْ تَبْقَى عَلَيْهِ بَاقِيَةُ حِسَابٍ لَا يُحِيطُ بِهِ عِلْمُهُ، وَالإِقْرَارُ إِخْبَارٌ عَنْ ثُبُوتِ الحَقِّ فَيَصِحُّ بِهِ، بِخِلَافِ الجَهَالَةِ فِي المُقَرِّ

لو أقر ببلوغه أو دبر أو أوصى، فإنه يصح تدبيره ووصيته في قول عند الشافعي، والخبر يدل على رفع التكليف، والإثم على عدم صحة تصرفه، ولما أذن للصبي في التجارة صح إقراره بدين لرجل أو وديعة أو عارية أو مضاربة أو غصب؛ لأنه التحق بالإذن؛ لدلالة الإذن على عقله، ولا يصح إقراره بالمهر والجناية والكفالة؛ لأنها غير داخلة تحت الإذن في التجارة؛ إذِ التجارة مبادلة المال بالمال، والنكاح مبادلة مال بغير مال، والكفالة تبرع من وجه، فلم تكن تجارة، والنائم والمغمى عليه كالمجنون؛ لعدم معرفتهما وتمييزهما، ولا يعلم فيه خلاف.

وإقرار السكران يصحُّ بالحقوق كلها إلا بالحدود الخالصة والردة، وينفذ سائر التصرفات من السكران كما ينفذ من الصاحي، وقد مرَّ تمامُه في الطلاق.

قوله: (**وجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار**) ولا نعلم فيه خلافًا.

قوله: (**لا يعلم أرشها**)؛ لأن الواجب في الجراحات أن نسياني حولًا، فلا نعلم في الحال موجبه.

قوله: (**فيصح به**) أي: بكون المقر به مجهولًا، بخلاف الشهادة، حيث لا تصح مع كون المشهود به مجهولًا، مع أنها إخبار عن ثبوت الحق أيضًا؛ لأن الشرع لم يجعل الشهادة حجة إلا بعدم العلم بالمشهود به، قال تعالى: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف:٨٦]، وقال عليه الصلاة والسلام: «**إذا عَلِمْتَ مِثْلَ الشمسِ فاشْهَدْ، وإلا فَدَعْ**»(١)، ولأن الشهادة لا توجب حقًّا إلا بانضمام القضاء، والقضاء بالمجهول لا يتصور.

= قال الترمذي: حديث علي حسن غريب من هذا الوجه، وقد روي من غير وجه عن علي، عن النبي ﷺ.

(١) أخرجه الحاكم (٤/ ١١٠، رقم ٧٠٤٥)، والعقيلي في الضعفاء الكبير (٤/ ٦٩)، وابن عدي في الكامل في الضعفاء (٦/ ٢٠٧)، والبيهقي في شعب الإيمان (٧/ ٤٥٥، رقم ١٠٩٧٤) من حديث ابن عباس ﵄.

وصححه الحاكم، وضعفه العقيلي، وابن عدي.

لَهُ، لِأَنَّ المَجْهُولَ لَا يَصْلُحُ مُسْتَحِقًّا، (وَيُقَالُ لَهُ: بَيِّنْ المَجْهُولَ) لِأَنَّ التَّجْهِيلَ مِن جِهَتِهِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ (فَإِنْ لَمْ يُبَيِّنْ أَجْبَرَهُ القَاضِي عَلَى البَيَانِ) لِأَنَّهُ لَزِمَهُ الخُرُوجُ عَمَّا لَزِمَهُ بِصَحِيحِ إِقْرَارِهِ وَذَلِكَ بِالبَيَانِ.

(فَإِنْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ شَيْءٌ، لَزِمَهُ أَنْ يُبَيِّنَ مَا لَهُ قِيمَةٌ) ....

أما الإقرار فموجب بنفسه قبل اتصال القضاء، وقد أمكن إزالة الجهالة بالإخبار على البيان، فيصح بالمجهول؛ ولهذا لا يصح الرجوع عن الإقرار، ويصح عن الشهادة قبل القضاء بها. كذا في المبسوط[1].

قوله: (بخلاف الجهالة في المقر له)[2] فإنها تمنع صحة الإقرار بلا خلاف.

وفي الذخيرة: جهالة المقر له إنما تمنع صحة الإقرار إذا كانت متفاحشة، بأن قال: هذا العبد لواحدٍ من الناس، أما إذا لم تكن متفاحشة لا يمنع، بأن قال: هذا العبد لأحد هذين الرجلين.

وقال شمس الأئمة السرخسي: لا يصح أيضًا في هذه الصورة؛ لأنه إقرار للمجهول، وأنه لا يفيد؛ لأن فائدته الخبر على البيان، ولا يخبر على البيان هاهنا، والأصح أنه يصح؛ لأنه يفيد؛ إذْ فائدته وصول الحق إلى المستحق، وطريق الوصول ثابت؛ لأنهما إذا اتفقا على أخذه فلهما حق الأخذ.

قوله: (فإنْ لـمْ يُبَيِّنْ أَجْبَرَهُ على البيانِ)، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد. وقال الشافعي في قول: إن وقع الإقرار المبهم في جواب دعوى، وامتنع عن التفسير - جعل ذلك إنكارًا منه، وتعرض اليمين عليه، فإن أصر [٢/ ٢٦٤/ ب] جعل ناكلًا عن اليمين، وحلف المدعي، وإن أقر ابتداء قلنا للمقر له: ادَّعِ عليه حقك، فإذا ادعى وأقر أو انكر أجرينا عليه حكمه.

قوله: (بصحيح إقراره) بالباء الجارة.

قوله: (لفلان علي شيء) وكذا لو قال: حق - لزمه أن يبين ماله قيمة قلَّ أو كثر، نحو حبة أو فلس أو جوزة أو ما أشبه ذلك، ولا نعلم فيه خلافًا.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ١٨٥).

(٢) انظر المتن ص ٨٨٢.

لِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَنْ الوُجُوبِ فِي ذِمَّتِهِ، وَمَا لَا قِيمَةَ لَهُ لَا يَجِبُ فِيهَا، فَإِذَا بَيَّنَ غَيْرَ ذَلِكَ يَكُونُ رُجُوعًا. قَالَ: (وَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ إِنْ ادَّعَى المُقَرُّ لَهُ أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ) لِأَنَّهُ هُوَ المُنْكِرُ فِيهِ (وَكَذَا إِذَا قَالَ لِفُلَانٍ، عَلَيَّ حَقٌّ) لِمَا بَيَّنَّا، وَكَذَا لَوْ قَالَ: غَصَبْت مِنهُ شَيْئًا وَيَجِبُ أَنْ يُبَيِّنَ مَا هُوَ مَالٌ يَجْرِي فِيهِ التَّمَانُعُ تَعْوِيلًا عَلَى العَادَةِ.

وفي الإيضاح: ولا بدَّ أن يبين شيئًا مما يتمانعه الناس، ويقصد بالغصب؛ لأن ما لا يقصد به كالتراب لا يسمى غصبًا، ولو تبين مما يقصده الناس ولا قيمة له ـ قُبِل قوله فيه عند مشايخ العراق، نحو أن يقر أنه غصب صبيًّا حرًّا أو جلد ميتة. وقال مشايخ ما وراء النهر: لا بدَّ أن يبين ما له قيمة؛ لأن الإقرار بالغصب إقرار بموجبه، وموجبه الرد، وإنما يتكامل الرد بإيجاب القيمة عند تعذر رد العين.

وكذا الخلاف إذا فسر بما لا يضمن بالغصب، كغصب العقار وخمر مسلم، ولو فسره بحبة حنطة أو شعير أو سمسم وما أشبه ذلك لا يقبل، وبه قال الشافعي في وجه، ومالك وأحمد. وقال الشافعي في وجه: يقبل؛ لأنه شيء يحرم أخذه، وعلى مَن أَخَذَه رَدُّه.

وقلنا: هذا لا يتمول عادة على انفراده، فلا يتحقق فيه التمانع، ويقبل تفسيره بالكلب، وبه قال مالك والشافعي في وجه، وأحمد في رواية، ولو فسَّره بجلد ميتة أو خنزير أو خمر مسلم ـ قُبِل قوله في قول مشايخ العراق، وبه قال الشافعي وأحمد في رواية، وعند مشايخ ما وراء النهر لا يقبل قوله؛ لأنه لا قيمة لهذه الأشياء، وبه قال مالك والشافعي في وجه، وأحمد في رواية.

قوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله: **(أخبر عن الوجوب في ذمته)**.

وفي المحيط: لو قال: لفلان عليَّ حق، ثم قال: عنيت به حق الإسلام لا يُصدَّق، وإن قال موصولًا صُدِّق؛ لأنه بيان يعتبر باعتبار العرف. وقال الشافعي ومالك وأحمد: لا يصدق في الوجهين؛ لأن كلمة (عليَّ) توجب الوجوب في الذمة، ولا وجوب هنا.

والحاصل: أن كل تصرف لا يشترط لصحته وتحققه إعلام ما صادفه ذلك

(وَلَوْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ مَالٌ، فَالمَرْجِعُ إِلَيْهِ فِي بَيَانِهِ)، لِأَنَّهُ المُجْمِلُ، (وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي القَلِيلِ وَالكَثِيرِ) لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مَالٌ فَإِنَّهُ اسْمٌ لِمَا يُتَمَوَّلُ بِهِ (إِلَّا أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ فِي أَقَلَّ مِن دِرْهَمٍ) لِأَنَّهُ لَا يُعَدُّ مَالًا عُرْفًا (وَلَوْ قَالَ: مَالٌ عَظِيمٌ، لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ

التصرف، فالإقرار به مع الجهالة صحيح، وذلك كالغصب والوديعة، وكل تصرف يشترط لصحة تحققه إعلام ما صادفه ذلك التصرف، فالإقرار به مع الجهالة لا يصح، وذلك كالبيع والإجارة، فإن من أقرَّ أنه باع من فلان أو اشترى منه شيئًا لا يصح إقراره، ولا يجبر المقر على تسليم شيء؛ لأن الثابت بالإقرار كالثابت معاينة.

ولو عاينا أنه باع شيئًا مجهولًا لا يجب تسليمه بحكم البيع؛ لكونه فاسدًا، فكذا إذا ثبت بالإقرار.

ولو عاينا أنه غصب منه شيئًا مجهولًا في كيس يجبر على الرد، فكذا إذا ثبت بالإقرار.

قوله: (ويقبل قوله في القليل والكثير)، وبه قال الشافعي وأحمد؛ لإطلاق اسم المال عليه، ومالك في وجه.

وحكي عن مالك ثلاثة أوجه:

أحدها: كقولنا.

وثانيها: لا تقبل إلا أول نصب من نصاب الزكاة من نوع من أموالها.

وثالثها: لا يقبل إلا فيما يستباح به البضع، والقطع في السرقة، إلا أنه لا يقبل في أقل من عشرة دراهم عندنا؛ لأن الكسور لا تعد مالًا عادة. ذكره في المبسوط.

قوله: (ولو قال: مال عظيم) إلى آخره.

وفي المبسوط: عندهما لا يصدق في أقل من مائتي درهم، وهو رواية عن أبي حنيفة، وعن أبي حنيفة: لا يصدَّق في أقل من عشرة دراهم، والأصح على قول أبي حنيفة أن ينبني على حال المقر في الفقر والغنى، فإن القليل عند الفقير عظيم، وأضعاف ذلك عند الغني ليست بعظيمة، وكما أن المائتين عظيم في

مِن مِائَتَيْ دِرْهَمٍ) لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِمَالٍ مَوْصُوفٍ فَلَا يَجُوزُ إِلْغَاءُ الوَصْفِ وَالنِّصَابُ عَظِيمٌ حَتَّى اُعْتُبِرَ صَاحِبُهُ غَنِيًّا بِهِ، وَالغَنِيُّ عَظِيمٌ عِنْدَ النَّاسِ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ فِي أَقَلَّ مِن عَشَرَةِ دَرَاهِمَ وَهِيَ نِصَابُ السَّرِقَةِ، لِأَنَّهُ عَظِيمٌ حَيْثُ تُقْطَعُ بِهِ اليَدُ المُحْتَرَمَةُ، وَعَنْهُ: مِثْلُ جَوَابِ الكِتَابِ، وَهَذَا إِذَا قَالَ: مِنَ الدَّرَاهِمِ، أَمَّا إِذَا قَالَ: مِنَ الدَّنَانِيرِ، فَالتَّقْدِيرُ فِيهَا بِالعِشْرِينَ، وَفِي الإِبِلِ بِخَمْسٍ وَعِشْرِينَ، لِأَنَّهُ أَدْنَى نِصَابٍ يَجِبُ فِيهِ مِن جِنْسِهِ وَفِي غَيْرِ مَالِ الزَّكَاةِ بِقِيمَةِ

حكم الزكاة، فالعشرة مال عظيم في قطع السرقة، فيتعارض، فيرجع إلى حال المقر، وعلى حاله ينبني(١).

وقال الشافعي وأحمد: يقبل تفسيره في قوله: مال عظيم أو كثير أو جليل أو خطير بالقليل والكثير؛ لأن العظيم والكثير لا حدَّ له في الشرع واللغة والعرف، ويختلفُ الناس فيه، فمنهم من يستعظم القليل، ومنهم من يستعظم الكثير، فاحتمل الوجوه، فيرجع إلى بيانه.

وقلنا: في هذا إلغاءُ قولِه: (**عظيم**)؛ لأنه حينئذٍ لا فائدة في تنصيص وصف العظيم.

وعن بعض أصحاب مالك: فيه ثلاثة أوجه كما في المال، وقال بعض أصحابه: يريد على ذلك أقل زيادة، وقال بعض أصحابه: قدر الدية.

وقال الليث الكبير: اثنان وسبعون؛ لأنه قال: ﴿لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ﴾ [التوبة: ٢٥] وغزواته اثنتان وسبعون. وفيه بُعد؛ لأن الآية تدل [٢/ ٢٦٥/ أ] على أن الاثنتين وسبعين كثيرة، ولا تنفي الكثرة عن غيره.

قوله: (**وعنه**) أي: أبي حنيفة (**مثل جواب الكتاب**)، وهو أنه لا يصدق في أقل من مائتي درهم، كما بينا من رواية المبسوط.

قوله: (**وهذا**) أي: ما ذكرنا أنه لا يصدَّق في أقل من مائتي درهم (**إذا قال**: **من الدراهم**) يعني: بَيَّن وقال: مرادي من المالِ العظيمِ الدراهمُ.

قوله: (**فيه من جنسه**)، وإنما اشترط أن يجب فيه من جنسه حتى يكون

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٨/ ٩٨).

النِّصَابِ (وَلَوْ قَالَ: أَمْوَالٌ عِظَامٌ، فَالتَّقْدِيرُ بِثَلَاثَةِ نُصُبٍ مِن أَيِّ فَنٍّ سَمَّاهُ) اعْتِبَارًا لِأَدْنَى الجَمْعِ (وَلَوْ قَالَ: دَرَاهِمُ كَثِيرَةٌ، لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِن عَشَرَةٍ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا: لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِن مِائَتَيْنِ)(*) لِأَنَّ صَاحِبَ النِّصَابِ مُكْثِرٌ حَتَّى وَجَبَ عَلَيْهِ مُوَاسَاةُ غَيْرِهِ، بِخِلَافِ مَا دُونَهُ.

وَلَهُ: أَنَّ العَشَرَةَ أَقْصَى مَا يَنْتَهِي إِلَيْهِ اسْمُ الجَمْعِ، يُقَالُ: عَشَرَةُ دَرَاهِمَ، ثُمَّ يُقَالُ: أَحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا، فَيَكُونُ هُوَ الأَكْثَرُ مِن حَيْثُ اللَّفْظُ فَيَنْصَرِفُ إِلَيْهِ (وَلَوْ قَالَ: دَرَاهِمُ فَهِيَ ثَلَاثَةٌ) لِأَنَّهَا أَقَلُّ الجَمْعِ الصَّحِيحِ (إِلَّا أَنْ يُبَيِّنَ أَكْثَرَ مِنهَا) لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُ وَيَنْصَرِفُ إِلَى الوَزْنِ المُعْتَادِ (وَلَوْ قَالَ: كَذَا كَذَا دِرْهَمًا لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِن أَحَدَ عَشَرَ دِرْهَمًا) لِأَنَّهُ ذَكَرَ عَدَدَيْنِ مُبْهَمَيْنِ لَيْسَ بَيْنَهُمَا حَرْفُ العَطْفِ، وَأَقَلُّ ذَلِكَ

عظيمًا؛ لأن إيجاب خلاف جنسه، كإيجاب شاة في خمس من الإبل دليل حقارته وقصوره وقلته.

وفي الذخيرة والإيضاح: لو قال: عليَّ مال نفيس أو كريم أو جليل أو خطير، قال الناطفي: لم أجده منصوصًا، وذكره الجرجاني: يلزمه مائتان، وعند الأئمة الثلاثة: العظيم والكبير والنفيس والجليل والخطير والكريم سواء كما ذكرنا، ولو قال: دُرَيْهم أو دُنَيْنير يلزم درهم تام ودينار تام؛ لأن الصغير قد يذكر لصغر حجمه بالتصغير، وقد يذكر على طريق الاستقلال ولا ينقص عن الوزن، وعند الأئمة الثلاثة يصدق فيما فسره، كما في قوله: حقير أو حضيض.

ولو قال: عليَّ حنطة كثيرة؛ فهذا على خمسة أوسق عندهما، وعند أبي حنيفة لا نصاب للحنطة، فيرجع إلى بيان المقر، وعند الأئمة الثلاثة: الحكم فيها كالحكم في مال كثير، ولو قال: غصبته إبلًا كثيرة، فهذا على خمسة وعشرين؛ لأنه أدنى ما يجب فيه الزكاة من جنسه.

قوله: (من فنٍّ سماه)[1] أي: نوع، حتى لو قال: من الدراهم كان ستمائة درهم.

قوله: (ولو قال كذا كذا درهمًا؛ لم يصدَّق في أقل من أحد وعشر) وكذا

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) كذا في الأصول الخطية، وتقد في المتن: (من أي فن سماه).

مِن الْمُفَسَّرِ أَحَدَ عَشَرَ (وَلَوْ قَالَ: كَذَا وَكَذَا دِرْهَمًا، لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلَّ مِن أَحَدٍ وَعِشْرِينَ) لِأَنَّهُ ذَكَرَ عَدَدَيْنِ مُبْهَمَيْنِ بَيْنَهُمَا حَرْفُ العَطْفِ، وَأَقَلُّ ذَلِكَ مِن المُفَسَّرِ، أَحَدٌ وَعِشْرُونَ فَيُحْمَلُ كُلُّ وَجْهٍ عَلَى نَظِيرِهِ (وَلَوْ قَالَ: كَذَا دِرْهَمًا فَهُوَ دِرْهَمٌ) لِأَنَّهُ تَفْسِيرٌ لِلْمُبْهَمِ (وَلَوْ ثَلَّثَ، كَذَا، بِغَيْرِ وَاوٍ فَأَحَدَ عَشَرَ) لِأَنَّهُ لَا نَظِيرَ لَهُ سِوَاهُ (وَإِنْ ثَلَّثَ بِالْوَاوِ فَمِائَةٌ وَأَحَدٌ وَعِشْرُونَ، وَإِنْ رَبَّعَ يُزَادُ عَلَيْهَا أَلْفٌ) لِأَنَّ ذَلِكَ نَظِيرُهُ.

لو قال: دينارًا أو كيليًّا أو وزنيًا لم يصدَّق في أقل من أحد عشر، حتى لو قال: كذا كذا مختومًا من حنطة لزمه أحد عشر مختومًا، وبه قال ابن عبد الحكم المالكي، نقله عن مالك، وكذا لو قال: كذا كذا درهمًا ودينارًا؛ لزمه أحد عشر منهما عنده ومالك، ولو قال: كذا درهمًا بدون التكرير يلزمه درهم.

وذكر في الذخيرة والتتمة محالًا إلى الجامع الصغير: يلزمه درهمان؛ لأن (كذا) كناية عن العدد، وأقل العدد درهمان، والواحد لا يكون عددًا.

وقال الشافعي وأحمد في قوله: كذا درهمًا وكذا وكذا؛ ففيه أربعة أقوال:

أحدها: أن يقول: درهمٌ، بالرفع، يلزمه درهم، وتقديره: شيء هو درهم، فجعل الدرهم بدلًا من (كذا).

وثانيها: أن يقول: درهمٍ، بالجر، يلزمه جزء درهم، و(كذا) تكون كناية عن جزء درهم.

وثالثها: أن يقول: درهمًا، بالنصب، ونصبه على التفسير، وهو التمييز، فيلزمه درهم.

ورابعها: أن يذكره بالوقف فيقبل تفسيره، نحو درهم أيضًا؛ لأنه يجوز أن يكون أسقط حركة الجر للوقف.

وقال القاضي الحنبلي وبعض أصحاب الشافعي: يلزمه درهم في الحالات؛ لأن (كذا) كناية عن الدرهم عادة، ولكن قال الشافعي وأحمد: إن (كذا) اسم مبهم يصح تفسيره بجزء درهم، ولو قال: كذا وكذا درهمٌ، بالرفع، يلزمه درهم واحد؛ لأنه ذكر شيئين ثم أبدل منهما درهمًا، فصار كأنه قال هما درهم.

قَالَ: (وَإِنْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ أَوْ قِبَلِي، فَقَدْ أَقَرَّ بِالدَّيْنِ) لِأَنَّ «عَلَيَّ» صِيغَةُ إِيجَابٍ: «وَقِبَلِي» يُنْبِئُ عَنِ الضَّمَانِ عَلَى مَا مَرَّ فِي الكَفَالَةِ.

ولو قال: درهمًا، بالنصب، فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يلزمه درهم واحد، وهو قول بعض أصحاب أحمد، والشافعي في قول؛ لأن (كذا) يحتمل أقل من درهم، فإذا عطف عليه مثله ثم فسَّرها بدرهم واحد جاز وكان كلامًا صحيحًا.

وثانيها: يلزمه درهمان، وهو قول بعض أصحاب الشافعي في قول؛ لأنه ذكر جملتين وفسرهما بدرهم، فعاد التفسير إلى كل منهما.

وثالثها: يلزمه أكثر من درهم، وبه قال بعض أصحاب أحمد، ولعله ذهب أن الدرهم تفسير للجملة، وبقيت الأولى على إبهامها، فيرجع في تفسيرها إليه. كذا ذكره ابن قدامه في المغني[1]، ثم قال: واللفظ يحتمل ما ذكرنا، ويحتمل ما ذكره أصحاب أبي حنيفة، فوجب المصير إلى ما قلنا؛ لأنه يقين، والزيادة مشكوك.

وقلنا: إن (كذا) كناية عن العدد والدرهم، وما دونه لا يكون عددًا، فلا يكون كناية عنهما، فتعين ما قلنا، ولهذا لو قال: لفلان عليَّ كذا درهمًا يلزمه درهمان على ما نقلناه من الذخيرة، وما قال في الهداية يلزمه درهم؛ لأنه يقع كذا كناية عن الدرهم في العرف والعادة، فيكون درهمًا تفسيره، وما نقله ابن قدامة في المغني وصاحب الحلية عن محمد أنه ذكر إذا قال: كذا درهمًا لزمه عشرون درهمًا عنده؛ لأنه أقل عدد يفسّر بالواحد المنصوب، خلاف ما ذكره في الهداية والذخيرة [٢/ ٢٦٥/ ب] والتتمة وفتاوى قاضي خان كما ذكرنا، ولم أجده في الكتب المشهورة لأصحابنا، وعند ابن الحكم المالكي يلزمه عشرون.

قوله: (و(قبلي) ينبئ عن الضمان) يقال: قبل فلان عن فلان؛ أي: ضمن، وسمي الكفيل قبيلًا؛ لأنه ضامن للمال، وسمى الصك الذي هو حجة الدين قبالة، وهو ظاهر قول الأئمة الثلاثة.

---

(١) المغني لابن قدامة (٥/ ١٤٢).

(وَلَوْ قَالَ الْمُقِرُّ: هُوَ وَدِيعَةٌ، وَوَصَلَ صُدِّقَ) لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُ مَجَازًا حَيْثُ يَكُونُ الْمَضْمُونُ عَلَيْهِ حِفْظَهُ، وَالْمَالُ مَحَلَّهُ، فَيُصَدَّقُ مَوْصُولًا لَا مَفْصُولًا. قَالَ ﷺ: وَفِي نُسَخِ الْمُخْتَصَرِ فِي قَوْلِهِ: «قِبَلِي» إِنَّهُ إِقْرَارٌ بِالْأَمَانَةِ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَنْتَظِمُهُمَا حَتَّى صَارَ قَوْلُهُ: لَا حَقَّ لِي قِبَلَ فُلَانٍ، إِبْرَاءٌ عَنْ الدَّيْنِ وَالْأَمَانَةِ جَمِيعًا، وَالْأَمَانَةُ أَقَلُّهُمَا وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ.

(وَلَوْ قَالَ: عِنْدِي أَوْ مَعِي أَوْ فِي بَيْتِي أَوْ فِي كِيسِي أَوْ فِي صُنْدُوقِي، فَهُوَ إِقْرَارٌ بِأَمَانَةٍ فِي يَدِهِ) لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ إِقْرَارٌ بِكَوْنِ الشَّيْءِ فِي يَدِهِ، وَذَلِكَ يَتَنَوَّعُ إِلَى مَضْمُونٍ وَأَمَانَةٍ فَيَثْبُتُ، وَأَقَلُّهَا وَهُوَ الْأَمَانَةُ.

(**ولو قال: هو وديعة**) أي: في قول (عليَّ) أو (قبلي).

قوله: (**والأول**) وهو أنه إقرار بالدَّين (**أصح**) ذكره في المبسوط، وعلل بأن استعماله في الديون أغلب وأكثر، فكان الحمل عليه أولى.

قوله: (**أو صندوقي**) وكذا لو قال: في كيسي فهو أمانة؛ لما ذكره في المتن، أو لأن هذه المواضع إنما تكون محلًّا للعين لا للدين، فإن الدين محله الذمة؛ ولهذا قلنا: (عليَّ) كلمة إيجاب فيكون في الذمة، وكذا (قبلي) كلمة ضمان، والضمان في الذمَّةِ.

قوله: (**فيثبت أقلها وهو الأمانة**)، وهو ظاهر مذهب الأئمة الثلاثة، بخلاف ما لو قال: عليَّ مائة درهم دين ووديعة، أو وديعة ودين؛ فإنه لا يثبت الأمانة، ويكون دينًا مع التصريح بلفظ الأمانة؛ لأن تنوع اللفظ إلى الأمانة والدين إنما نشأ من لفظ واحد، وفي تلك المسألة بالصريح من لفظين، والأصل أن أحد اللفظين إذا كان للأمانة والآخر للدَّين، فإذا جمع بينهما في الإقرار يترجح الدَّين. كذا في المبسوط[(١)].

وهذا لاستعارة لفظ الدين لما يوجب الأمانة ممكن لا على العكس؛ لأنه يمكن أن يستعار لفظ الوجوب لوجوب الحفظ في الأمانة، أمَّا لفظ الأمانة ينبئ عن عدم الوجوب في الذمة، فلا تصلح استعارته للوجوب.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٨/ ١٢).

(وَلَوْ قَالَ لَهُ رَجُلٌ: لِي عَلَيْك أَلْفٌ، فَقَالَ: اتَّزِنْهَا أَوْ انْتَقِدْهَا، أَوْ أَجِّلْنِي بِهَا، أَوْ قَدْ قَضَيْتُكَهَا: فَهُوَ إقْرَارٌ) لِأَنَّ الهَاءَ فِي الأَوَّلِ وَالثَّانِي كِنَايَةٌ عَنْ المَذْكُورِ فِي الدَّعْوَى، فَكَأَنَّهُ قَالَ: اتَّزِنْ الأَلْفَ الَّتِي لَك عَلَيَّ، حَتَّى لَوْ لَمْ يَذْكُرْ حَرْفَ الكِنَايَةِ لَا يَكُونُ إقْرَارًا لِعَدَمِ انْصِرَافِهِ إلَى المَذْكُورِ، وَالتَّأْجِيلُ إنَّمَا يَكُونُ فِي حَقٍّ وَاجِبٍ، وَالقَضَاءُ يَتْلُو الوُجُوبَ وَدَعْوَى الإِبْرَاءِ كَالقَضَاءِ لِمَا بَيَّنَّا، ....

قوله: (ولو لم يذكر حرف الكناية) وهو الهاء (لا يكون إقرارًا) وقال الشافعي وأحمد في قوله: اتزن وانتقد لا يكون إقرارًا بالهاء وغيره، وبه قال بعض أصحاب مالك؛ لأنه لم يؤخذ منه حقيقة التزام، وقد يوجد مثل ذلك ممن يستهزئ ويبالغ في الجحود، فلا يكون إقرارًا بالشك.

وعن بعض أصحاب الشافعي: إذا كان بحرف الكناية يكون إقرارًا كقولنا، وقال: ابن سحنون المالكي[1]: يكون إقرارًا في الوجهين، إلا إذا قال: اتزن أو زِنها ما أبعدك من ذلك، أو قال: من أيِّ ضرب يأخذها ما أبعدك من ذلك؛ فليس بإقرار.

وفي قوله: قضيتكما أو قضيت أو أبرأتني إقرار عند الأئمة الثلاثة، وعن بعض أصحاب الشافعي أن قوله: أبرأتني عنه ليس بإقرار؛ لقوله تعالى: ﴿فَبَرَّأَهُ ٱللَّهُ مِمَّا قَالُوا۟ۚ﴾ [الأحزاب:٦٩] وتبرئته عن عيب الأدرة لا يقتضي إثباته له.

قلنا: هذا هكذا فيما اتهموه، أما لا يصح ذلك في دعوى الدين.

قوله: (ودعوى الإبراء كالقضاء) بأن قال: أبرأتني (كالقضاء لما بينا) وهو أنه يقتضي سابقة الوجوب.

وفي المحيط: لو قال: لي عليك ألف، فقال: اتزنها أو انتقدها أو اقعد فاقبضها أو حدها، أو لم تحل بعد هذا، أو قال: غدًا أو أرسل من يتزنها أو يقبضها، أو قال: ليست بمتهيأة أو متيسرة اليوم أو أخرها عني أو أؤديها، أو قال: ما أكثر ما يتقاضى أو عميتني بها أو حتى يدخل غلامي أو يقدم، أو أجل بها على غرمائك، أو قال: قضيتكها أو أبرأتني أو أحللتني فكلها إقرار؛ لأنها تقتضي سابقة الوجوب.

---

(١) كذا بالأصول الخطية، والصواب: سحنون.

....

ولو قال: اتزن أو انتقد أو أخر أو سوف أعطيك، ولم يذكر مع حرف الكناية ـ لا يكون إقرارًا، وهكذا لو تكلما بالفارسية، إلا أن كلمة (الشين) في الفارسية مقام الكناية، حتى لو قال الآخر: (هرار درم مر ابريست) فقال: (سننجس) أو (بركشش) أو قال: (كيسه دوزس) أو قال: (بدهمش) أو قال: (بزد اند همش) يكون إقرارًا، ولو قال: بغير كلمة (السين) بأن قال: (بسنج) أو (بركس) أو (كبسة دون) لا يكون إقرارًا، ولو قال: (كيسه دوزِشن) بكسر الزاي، أو قال: (بركشش) بكسر الشين، قيل: لا يكون إقرارًا، والأصح أنه يكون إقرارًا.

وفي المبسوط والمحيط: ولو قال: لي عليك ألف ألف، فقال: نعم، يكون إقرارًا؛ لأن (نعم) لا يستقل بنفسه، أما لو قال: هل عليك ألف؟ فأومأ برأسه بنعم لا يكون إقرارًا؛ لأن الإشارة لا تقوم مقام الكلام من غير الأخرس، وكذلك إذا قال: سأعطيكها أو غدًا أعطيكها، أو اتزنها أو خذها بالهاء فلا بدَّ من حمل كلامه على الجواب؛ لأن الكناية راجعة [٢/ ٢٦٦/ أ] إليها[(١)].

بخلاف ما لو قال بغير هاء الكناية بأن قال: اتزن إلى آخر ما ذكرنا، حيث لا يكون إقرارًا؛ لأن الكلام مستقلٌ بنفسه، فيحمل على الابتداء؛ لأنه حقيقته، ومعنى قوله: اقعد واتزن؛ أي: اقعد وراءنا للناس واكتسب به فلا يؤدي بالدعوى الباطلة، وكذا لو قال: والله لا أقضيكها اليوم، ولا أزنها لك اليوم يكون إقرارًا؛ لأن نفي القضاء والوزن في وقت بعينه لا يكون إلا بعد وجوب أصل المال؛ لأنه لو لم يكن أصل المال واجبًا فالقضاء لا يكون منتفيًا أبدًا، فلا يحتاج إلى تأكيد نفي القضاء باليمين؛ لأنه في نفسه منتفٍ.

وقيل: هذا من صُوره كان نفي الشيء وإثباته يكون تصديقًا لكلام المدَّعي، فإنه لو قال: قضيتكها يكون إقرارًا أيضًا كما ذكرنا، ولو قال: أعطني ثوب عبدي هذا، فقال: نعم، فقد أقر بالثوب والعبد له، وكذا لو قال: افتح باب

(١) المبسوط للسرخسي (١٨/ ١٥).

وَكَذَا دَعْوَى الصَّدَقَةِ وَالهِبَةِ، لِأَنَّ التَّمْلِيكَ يَقْتَضِي سَابِقَةَ الوُجُوبِ، وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَحَلْتُك بِهَا عَلَى فُلَانٍ لِأَنَّهُ تَحْوِيلُ الدَّيْنِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ مُؤَجَّلٍ، فَصَدَّقَهُ المُقَرُّ لَهُ فِي الدَّيْنِ، وَكَذَّبَهُ فِي التَّأْجِيلِ، لَزِمَهُ الدَّيْنُ حَالًا) لِأَنَّهُ أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ، بِمَالٍ وَادَّعَى حَقًّا لِنَفْسِهِ فِيهِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ بِعَبْدٍ فِي يَدِهِ وَادَّعَى الإِجَارَةَ، بِخِلَافِ الإِقْرَارِ بِالدَّرَاهِمِ السُّودِ، لِأَنَّهُ صِفَةٌ فِيهِ وَقَدْ مَرَّتْ المَسْأَلَةُ فِي الكَفَالَةِ. قَالَ: (وَيُسْتَحْلَفُ المُقَرُّ لَهُ عَلَى الأَجَلِ) لِأَنَّهُ مُنْكِرٌ حَقًّا عَلَيْهِ وَاليَمِينُ عَلَى المُنْكِرِ.

(وَإِنْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ مِائَةٌ وَدِرْهَمٌ: لَزِمَهُ كُلُّهَا دَرَاهِمُ، وَلَوْ قَالَ: مِائَةٌ وَثَوْبٌ،

داري هذا، أو خصص داري هذه، أو اسرج دابتي هذه، أو أعطني سرج بغلي، أو لجام بغلي هذا، فقال: نعم يكون إقرارًا، ولو قال: (لا) في جميع ذلك يكون إقرارًا أيضًا، وفي بعض نسخ كتاب الإقرار: لا يكون إقرارًا بذكر (لا)، أما لو قال: لا أعطيكها اليوم أو أبدًا فهو إقرار؛ لأنه ذكره بالكناية فكأنه قال: لا أعطيك سرج بغلك اليوم أو أبدًا، ولو صرح بهذا كان إقرارًا، فكذا في الكناية.

قوله: (وكذا دعوى الصدقة والهبة) بأن قال: تصدقت به علي أو وهبته لي؛ لأن هذا دعوى التمليك منه، وذا لا يكون إلا بعد وجوب المال في ذمته؛ لأنهما يردان على الدين الثابت.

قوله: (لزمه الدين حالا) وبه قال أبو الخطاب وبعض أصحاب الشافعي. وقال الشافعي وأحمد: لزمه مؤجلًا؛ لأنه أقر بمال بصفة فيلزمه بالوصف الذي أقر، كما لو أقر بدراهم زيوف أو جياد أو سود، وقلنا: أقر بدين وادَّعى حقًّا لنفسه، فلا يصدَّق، كما لو أقر بعبد وادَّعى الإجارة، بخلاف السود؛ لأن السواد نوع فيها؛ إذِ الدراهم لا تنطبع إلا بغش، والأجل في الدين عارض لا يثبتُ بلا شرط، والقول لمنكر العارض.

قوله: (وقد مرّت المسألة في الكفالة) أي: في باب الضمان ببيان الفرق.

قوله: (عليَّ مائة ودرهم)، وفي جامع قاضي خان: وكذا لو قال:

لَزِمَهُ ثَوْبٌ وَاحِدٌ، وَالمَرْجِعُ فِي تَفْسِيرِ المِائَةِ إِلَيْهِ) وَهُوَ القِيَاسُ فِي الأَوَّلِ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ، لِأَنَّ المِائَةَ مُبْهَمَةٌ وَالدِّرْهَمَ مَعْطُوفٌ عَلَيْهَا بِالوَاوِ العَاطِفَةِ لَا تَفْسِيرًا لَهَا، فَبَقِيَتْ المِائَةُ عَلَى إِبْهَامِهَا كَمَا فِي الفَصْلِ الثَّانِي. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ، وَهُوَ الفَرْقُ: أَنَّهُمْ اسْتَثْقَلُوا تَكْرَارَ الدِّرْهَمِ فِي كُلِّ عَدَدٍ وَاكْتَفَوْا بِذِكْرِهِ عَقِيبَ العَدَدَيْنِ.

وَهَذَا فِيمَا يَكْثُرُ اسْتِعْمَالُهُ، وَذَلِكَ عِنْدَ كَثْرَةِ الوُجُوبِ بِكَثْرَةِ أَسْبَابِهِ، وَذَلِكَ فِي الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالمَكِيلِ وَالمَوْزُونِ، أَمَّا الثِّيَابُ وَمَا لَا يُكَالُ وَلَا يُوزَنُ فَلَا: يَكْثُرُ وُجُوبُهَا فَبَقِيَ عَلَى الحَقِيقَةِ.

(وَكَذَا إِذَا قَالَ: مِائَةٌ وَثَوْبَانِ) لِمَا بَيَّنَّا (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: مِائَةٌ وَثَلَاثَةُ أَثْوَابٍ) لِأَنَّهُ ذَكَرَ عَدَدَيْنِ مُبْهَمَيْنِ وَأَعْقَبَهَا تَفْسِيرًا، إِذْ الأَثْوَابُ لَمْ تُذْكَرْ بِحَرْفِ العَطْفِ،

ودرهمان كلها دراهم، وبه قال أحمد في رواية في المقدر وغيره؛ لأن العرب تكتفي بتفسير إحدى الجملتين عن الأخرى، قال تعالى: ﴿وَلَبِثُوا۟ فِى كَهْفِهِمْ ثَلَٰثَ مِا۟ئَةٍ سِنِينَ وَٱزْدَادُوا۟ تِسْعًا ﴿٢٥﴾﴾ [الكهف:٢٥]، وقال تعالى: ﴿عَنِ ٱلْيَمِينِ وَعَنِ ٱلشِّمَالِ قَعِيدٌ﴾ [ق:١٧].

(**وبه قال الشافعي**) أي: بالقياس، وبه قال مالك وأحمد في رواية.

قوله: (**وهذا**) أي: كون العطف للبيان (**فيما يكثر استعماله، وذلك**) أي: كثرة الوجوب بكثرة المعاملة في المقدرات كالموزونات والمكيلات لا تثبت دينًا في الذمة سلمًا وقرضًا وثمنًا، وكذا في جميع المعاملات، بخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن، فإنها لا يكثر وجوبها في الذمَّة، فإن الثياب لا تثبت إلا في السلم والنكاح، وذا لا يكثر، فبقي على الحقيقة.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف في قوله: لفلان عليَّ مائة وثوب أو شاة أن الكل ثياب وشياه؛ لما أن الغنم والثياب تقسم قسمة واحدة، بخلاف العبيد؛ لأنها لا تقسم قسمة واحدة، وما يقسم قسمة واحدة يتحقق في أعدادها المجانسة من وجه، فيمكن جعله تفسيرًا للمبهم.

(**وكذا إذا قال: مائة وثوبان**) يعني كقوله: (**مائة وثوب**)، بلا خلاف.

وقوله: (**لما بينا**) إشارة إلى **قوله**: (**الثياب**) إلى آخره.

فَانْصَرَفَ إِلَيْهِمَا لِاسْتِوَائِهِمَا فِي الحَاجَةِ إِلَى التَّفْسِيرِ فَكَانَتْ كُلُّهَا ثِيَابًا.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِتَمْرٍ فِي قَوْصَرَّةٍ لَزِمَهُ التَّمْرُ وَالقَوْصَرَّةُ) وَفَسَّرَهُ فِي الأَصْلِ بِقَوْلِهِ: غَصَبْت تَمْرًا فِي قَوْصَرَّةٍ. وَوَجْهُهُ: أَنَّ القَوْصَرَّةَ وِعَاءٌ لَهُ وَظَرْفٌ لَهُ، وَغَصْبُ

قوله: (فانصرف إليهما) أي: إلى العددين، ولا يقال الأثواب جمع لا يصلح مميزًا للمائة؛ لأنها اقترنت بالثلاثة صار كعددٍ واحدٍ كما في قوله تعالى: ﴿ثَلَٰثَ مِاْئَةٍ سِنِينَ﴾ [الكهف:٢٥] وقيل: يجوز أن يوضع الجمع موضع المفرد، كما ميز بالجمع في قوله: ﴿بِٱلْأَخْسَرِينَ أَعْمَٰلًا﴾ [الكهف:١٠٣].

قوله: (ومن أقر بتمر في قوصرة) إلى آخره.

في المغرب: القَوْصَرَّة، بالتشديد والتخفيف: وعاء التمر يتخذ من قصب، وقولهم: إنما يسمى ذلك ما دام فيها التمر وإلا فهي زنبيل، مبني على عرفهم(١).

والجَوالق، بالفتح: جمع جُوالق، بالضم، والجواليق، بزيادة الياء تسامح.

في المبسوط: الأصل في جنس هذه المسائل أن ما كان الثاني ظرفًا للأول ووعاء له لزماه، نحو ثوب [٢/٢٦٦/ب] في منديل، وطعام في سفينة، وحنطة في جوالق، وتمر في قوصرة، وإن كان الثاني مما لا يكون وعاء للأول، نحو: غصبتك درهمًا في درهم؛ لم يلزم الثاني؛ لأنه غير صالح للظرفية، بخلاف قوله: من قوصرة؛ لأن كلمة (من) للانتزاع؛ أي لابتداء الغاية، فيكون إقرارًا بأن مبدأ الغصب من قوصرة، وأما كلمة (على) نحو أن يقول: غصبت إكافًا على حمار، وسرجًا على فرس كان إقرارًا بغصب الإكاف خاصة، وبه قالت الأئمة الثلاثة، والحمار لبيان محل الغصب حين أخذه، وغصب الشيء لا يكون مقتضيًا غصب المحل(٢).

قوله: (وفسَّره في الأصل) أي: المبسوط **(بقوله: غصبت تمرًا في قوصرة)** وبقولنا قال أحمد في رواية. وقال الشافعي ومالك وأحمد في رواية: يكون

---

(١) المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي (ص ٣٨٥).
(٢) المبسوط للسرخسي (١٧/ ١٩٣).

الشَّيْءِ وَهُوَ مَظْرُوفٌ لَا يَتَحَقَّقُ بِدُونِ الظَّرْفِ فَيَلْزَمَانِهِ، وَكَذَا الطَّعَامُ فِي السَّفِينَةِ وَالحِنْطَةُ فِي الجَوَالِقِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: غَصَبْت تَمْرًا مِن قَوْصَرَّةٍ، لِأَنَّ كَلِمَةَ مِن لِلِانْتِزَاعِ فَيَكُونُ الإِقْرَارُ بِغَصْبِ المَنْزُوعِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِدَابَّةٍ فِي إِصْطَبْلٍ، لَزِمَهُ الدَّابَّةُ خَاصَّةً) لِأَنَّ الإِصْطَبْلَ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالغَصْبِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ يَضْمَنُهُمَا(*)، وَمِثْلُهُ الطَّعَامُ فِي البَيْتِ.

إقرارًا بالمظروف لا بالظرف؛ لأن إقراره لم يتناول الظرف، فيحتمل أن يكون ظرفًا للمقر، فلم يلزمه.

وعن بعض فقهاء المدينة: إن كان المقر به ذائبًا لا يستغني عن ظرف دخل الظرف في الإقرار، وإن كان جامدًا لم يدخل.

وقلنا: إنه أقر بغصب التمر بوصف كونه مظروفًا، وغصب الشيء بوصف كونه مظروفًا لا يتحقق بدون غصب الظرف؛ لأن الإقرار إخبار، والإقرار بالغصب إخبار عن نقله؛ إذِ الغصب نقل، ونقل المظروف لا يتصور حال كونه مظروفًا إلا بنقل الظرف، فصار إقرارًا بغصبهما ضرورةً. كذا في كتب أصحابنا، وفيه نوع تأمل.

قوله: (لزمه الدابة خاصة) وبه قالت الأئمة الثلاثة، وإنما قال: لزمته الدابة، ولم يقل: كان إقرارًا بالدابة خاصة؛ لما أن هذا الكلام إقرار بهما جميعًا، إلا أن اللزوم على قول أبي حنيفة وأبي يوسف في الدابة خاصة، فإنه ذكر في المبسوط: ولو قال: غصبتك طعامًا في بيت؛ كان هذا بمنزلة قوله: طعامي سفينة؛ لأن البيت قد يكون وعاء للطعام فيكون إقرارًا بغصب البيت والطعام، إلا أن الطعام يدخل في ضمانه بالغصب لا البيت في قولهما؛ إذ غصب العقار لا يوجب الضمان عندهما[1].

(*) الراجح: قول الشيخين.

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ١٩٣).

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ لِغَيْرِهِ بِخَاتَمٍ: لَزِمَهُ الحَلَقَةُ وَالفَصُّ) لِأَنَّ اسْمَ الخَاتَمِ يَشْمَلُ الكُلَّ (وَمَنْ أَقَرَّ لَهُ بِسَيْفٍ فَلَهُ النَّصْلُ وَالجَفْنُ وَالحَمَائِلُ) لِأَنَّ الِاسْمَ يَنْطَوِي عَلَى الكُلِّ (وَمَنْ أَقَرَّ بِحَجَلَةٍ فَلَهُ العِيدَانُ وَالكِسْوَةُ) لِانْطِلَاقِ الِاسْمِ عَلَى الكُلِّ عُرْفًا.

(وَإِنْ قَالَ غَصَبْتُ ثَوْبًا فِي مِنْدِيلٍ، لَزِمَاهُ جَمِيعًا) لِأَنَّهُ ظَرْفٌ، لِأَنَّ الثَّوْبَ يُلَفُّ فِيهِ. (وَكَذَا لَوْ قَالَ: عَلَيَّ ثَوْبٌ فِي ثَوْبٍ) لِأَنَّهُ ظَرْفٌ. بِخِلَافِ قَوْلِهِ: دِرْهَمٌ فِي دِرْهَمٍ، حَيْثُ يَلْزَمُهُ وَاحِدٌ، لِأَنَّهُ ضَرْبٌ لَا ظَرْفٌ (وَإِنْ قَالَ: ثَوْبٌ فِي عَشَرَةِ أَثْوَابٍ، لَمْ يَلْزَمْهُ إِلَّا ثَوْبٌ وَاحِدٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَزِمَهُ أَحَدَ عَشَرَ ثَوْبًا)(*)

قوله: (لزمه الحلقة والفص) ولا نعلم فيه خلافًا، وكذا لو أقر بدار أو أرض لرجل يدخل البناء والأشجار إذا كانا فيهما، حتى لو أقام المقر بينة بعد ذلك أن البناء والأشجار لي، وكذا لو قال: الفص لي؛ لم يُصدَّق، ولم تقبل بينته، ولو قال: هذا الخاتم لي وفصه لك، هذا السيف لي وحليته لك، وهذه الجبة لي وبطانتها لك، وقال المقر له: الكل لي؛ فالقول للمقر، وبعد ذلك ينظر، إن لم يكن في نزع المقر به ضرر يؤمر المقر بالنزع والدفع إلى المقر له، وإن كان في النزع ضرر فواجب على المقر أن يعطيه قيمة ما أقر به. كذا في الذخيرة.

النصل: حديدة السيف. الجفن: غمد السيف. والحمائل: جمع الحِمالة، بكسر الحاء، وهي علاقة السيف. الحَجَلَة: بيت يزين بالثياب والأسرة. و**(العيدان)**، برفع النون: جمع عود، وهو الخشب كالديدان، في جمع دود، ولا نعلم خلافًا في هذه المسائل.

قوله: (لزماه جميعًا) والخلاف فيه كالخلاف في الإقرار بالتمر في قوصرة.

قوله: (لأن النفيس من الثياب) إلى آخره.

في المبسوط: فإذا صلح ظرفًا كان بمنزلة قوله: حنطة في جوالق، أو

(*) لراجح: قول أبي يوسف.

لِأَنَّ النَّفِيسَ مِن الثِّيَابِ قَدْ يُلَفُّ فِي عَشَرَةِ أَثْوَابٍ، فَأَمْكَنَ حَمْلُهُ عَلَى الظَّرْفِ. وَلِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّ حَرْفَ «فِي» يُسْتَعْمَلُ فِي البَيْنِ وَالوَسَطِ أَيْضًا، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي ۝٢٩﴾ [الفجر: ٢٩] أَيْ بَيْنَ عِبَادِي، فَوَقَعَ الشَّكُّ، وَالأَصْلُ بَرَاءَةُ الذِّمَمِ، عَلَى أَنَّ كُلَّ ثَوْبٍ مُوعًى وَلَيْسَ بِوِعَاءٍ فَتَعَذَّرَ حَمْلُهُ عَلَى الظَّرْفِ فَتَعَيَّنَ الأَوَّلُ مَحْمَلًا.

(وَلَوْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ خَمْسَةٌ فِي خَمْسَةٍ، يُرِيدُ الضَّرْبَ وَالحِسَابَ، لَزِمَهُ خَمْسَةٌ) لِأَنَّ الضَّرْبَ لَا يُكْثِرُ المَالَ. وَقَالَ الحَسَنُ: يَلْزَمُهُ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي الطَّلَاقِ (وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ خَمْسَةً مَعَ خَمْسَةٍ، لَزِمَهُ عَشَرَةٌ) لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُ.

يحمل كلامه على التقديم والتأخير، فيصير كأنه قال: عشرة أثواب في ثوب. وقال أبو يوسف: العشرة لا يكون وعاء[1].

معناه: أن الوعاء غير الموعي، فكان كل ثوب يكون موعيًا في حق ما وراءه، فلا يكون وعاء إلا الثوب الذي هو ظاهر، فإذا لم يتحقق كون العشرة وعاء لواحد كان آخر كلامه لغوًا، وحمله على التقديم والتأخير اشتغال بإيجاب المال في الذمة بالمحتمل، وذا لا يجوز.

وأما **قوله**: **(إن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب)** منقوض على أصله، فإنه لو قال: غصبته كرباسًا في عشرة أثواب حرير أنه يلزمه الكل عند محمد، مع أن عشرة أثواب حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة.

قوله: **(يريد الضرب والحساب لزمه خمسة)**، وبه قال الشافعي، وكذا إذا لم تكن له نية يلزمه عشرة عندنا والشافعي ومالك في رواية. وقال الحسن بن زياد: يلزمه خمسة وعشرون إن أراد الضرب، وبه قال أحمد ومالك في رواية. وقال زفر: يلزمه عشرون إذا أطلق؛ لأنَّ حرف (في) بمعنى حرف (مع) قال تعالى: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي ۝٢٩﴾ [الفجر: ٢٩] أي: مع عبادي، فتحمل على هذا تصحيحًا لكلامه.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ١٩٣).

(وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ مِن دِرْهَمٍ إِلَى عَشَرَةٍ، أَوْ قَالَ: مَا بَيْنَ دِرْهَمٍ إِلَى عَشَرَةٍ، لَزِمَهُ تِسْعَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، فَيَلْزَمُهُ الِابْتِدَاءُ وَمَا بَعْدَهُ، وَتَسْقُطُ الغَايَةُ، وَقَالَا: يَلْزَمُهُ العَشَرَةُ كُلُّهَا)(*) فَتَدْخُلُ الغَايَتَانِ. وَقَالَ زُفَرُ: يَلْزَمُهُ ثَمَانِيَةٌ وَلَا تَدْخُلُ الغَايَتَانِ.

(وَلَوْ قَالَ: لَهُ مِن دَارِي مَا بَيْنَ هَذَا الحَائِطِ إِلَى هَذَا الحَائِطِ، فَلَهُ مَا بَيْنَهُمَا، وَلَيْسَ لَهُ مِن الحَائِطَيْنِ شَيْءٌ) وَقَدْ مَرَّتْ الدَّلَائِلُ فِي الطَّلَاقِ.

فَصْلٌ: [وَمَنْ قَالَ لِحَمْلِ فُلَانَةَ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ]

قَالَ: (وَمَنْ قَالَ: لِحَمْلِ فُلَانَةٍ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَإِنْ قَالَ: أَوْصَى لَهُ فُلَانٌ، أَوْ

وقلنا: [٢/٢٦٧/أ] (في) للظرف حقيقة، والدراهم لا تكون ظرفًا، واستعماله في غير الظرف مجاز، والمجاز قد يكون بمعنى (مع) كما ذكر، وقد يكون بمعنى (على) قال تعالى: ﴿وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي جُذُوعِ ٱلنَّخْلِ﴾ [طه:٧١] أي: على جذوع النخل، وليس أحدهما من الآخر، فيلزمه خمسة، فتأول كلامه ولغى آخره، وهو قوله: في خمسة، أما إذا قال: أردت مع خمسة تلزمه العشرة بلا خلاف؛ لتعين أحد المجازين بالنية، وبه قال الشافعي وأحمد، ولم يذكر في الكتاب ولا في المبسوط أنه لو أراد نفي معنى على ما حكمه عندنا، ولكن ذكر في الذخيرة: يلزمه عشرة، كما لو نوى الضرب، وبه قال الشافعي ومالك.

قوله: (لزمه تسعة عند أبي حنيفة) وبه قال الشافعي في قول، ومالك في رواية، وأحمد في وجه. وقال أبو يوسف ومحمد: يلزمه العشرة، وبه قال الشافعي في قول، ومالك في رواية، وأحمد في وجه. وقال زفر: يلزمه ثمانية، وبه قال الشافعي في قول، وأحمد في وجه، ومالك في رواية. في قوله: مائتين درهم إلى عشرة، وقد مرّت المسائل والدلائل في الطلاق.

فَصْلٌ: [وَمَنْ قَالَ لِحَمْلِ فُلَانَةَ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ]

لمَّا تغيرت مسائل الحمل ذكرها بفصل على حدة، إلا أنه ألحق مسائل الخيار بها اتباعًا للمبسوط، ولو أقر لحمل بمال وبين سببًا صالحًا صح الإقرار،

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

مَاتَ أَبُوهُ فَوَرِثَهُ، فَالإِقْرَارُ صَحِيحٌ) لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِسَبَبٍ صَالِحٍ لِثُبُوتِ المِلْكِ لَهُ (ثُمَّ إِذَا جَاءَتْ حيًّا بِهِ فِي مُدَّةٍ يُعْلَمُ أَنَّهُ كَانَ قَائِمًا وَقْتَ الإِقْرَارِ لَزِمَهُ، فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ مَيِّتًا فَالمَالُ لِلْمُوصِي وَالمُورِّثِ حَتَّى يُقْسَمُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ) لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ فِي الحَقِيقَةِ لَهُمَا، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ إِلَى الجَنِينِ بَعْدَ الوِلَادَةِ وَلَمْ يَنْتَقِلْ (وَلَوْ جَاءَتْ بِوَلَدَيْنِ حَيَّيْنِ: فَالمَالُ بَيْنَهُمَا، وَلَوْ قَالَ المُقِرُّ: بَاعَنِي، أَوْ أَقْرَضَنِي: لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ) لِأَنَّهُ بَيَّنَ مُسْتَحِيلًا.

قَالَ: (وَإِنْ أُبْهِمَ الإِقْرَارُ، لَمْ يَصِحَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَصِحُّ)(*)

وإلا لا، ولا نعلم فيه خلافًا.

ثم إذا جاء من وقت الإقرار في مدة نعلم أنه كان قائمًا وقت الإقرار؛ كان المقر به له وذلك بطريقين: أحدهما حقيقي، بأن وضعته لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، والثاني حكمي، بأن وضعته لأكثر من ستة أشهر؛ لكن المرأة تعتد فتثبت نسبته لأقل من سنتين، ولو لم تكن معتدة وجاءت به لأكثر من ستة أشهر لم تستحق شيئًا.

قوله: (فالمال بينهما) أي: إن كانا ذكرين أو أنثيين، وإن كان أحدهما ذكرًا والآخر أنثى ففي الوصية بينهما نصفين، وفي الميراث ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١١] وإن كان الولد ميتًا فالمال للموصي وللمورث يقسم بين ورثته، وبه قال الشافعي وأحمد. وقال مالك: يبطل إقراره لعدم مستحقه.

قوله: (لأنه بين مستحيلًا) إذِ البيع والإقراض لا يتصور حقيقة من الجنين، وهو ظاهر، وكذا حكمًا؛ لأنه لا ولاية لأحدٍ على الجنين، حتى يصير تصرفه كتصرفه، فصار كلامه لغوًا، فلا يلزمه شيء.

فإن قيل: بيان السبب يكون رجوعًا عن الإقرار حينئذٍ، والرجوع عن الإقرار لا يصح وإن كان موصولًا.

قلنا: بل هو بيان سبب محتمل، ولا رجوع؛ إذْ قد يشتبه على الجاهل فيظن أن الولاية تثبت على الجنين، كالولد المنفصل ويبين سببه على ظنه، فكان كلامه بيانًا لا رجوعًا، فيقبل. كذا في المبسوط(١).

(*) الرجح: قول أبي يوسف.

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ١٩٧).

لِأَنَّ الْإِقْرَارَ مِن الحُجَجِ، فَيَجِبُ إِعْمَالُهُ وَقَدْ أَمْكَنَ بِالحَمْلِ عَلَى السَّبَبِ الصَّالِحِ. وَلِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّ الْإِقْرَارَ مُطْلَقُهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْإِقْرَارِ بِسَبَبِ التِّجَارَةِ، وَلِهَذَا: حُمِلَ إِقْرَارُ العَبْدِ المَأْذُونِ لَهُ وَأَحَدِ المُتَفَاوِضِينَ عَلَيْهِ، فَيَصِيرُ كَمَا إِذَا صَرَّحَ بِهِ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِحَمْلِ جَارِيَةٍ، أَوْ حَمْلِ شَاةٍ لِرَجُلٍ، صَحَّ إِقْرَارُهُ وَلَزِمَهُ) لِأَنَّ لَهُ وَجْهًا صَحِيحًا، وَهُوَ الوَصِيَّةُ بِهِ مِن جِهَةِ غَيْرِهِ فَحُمِلَ عَلَيْهِ.

قوله: (وإن أبهم الإقرار) أي: لم يبين السبب **(لم يصح عند أبي يوسف)** وقيل: أبو حنيفة معه، وبه قال الشافعي في قول. وقال محمد: يصح، وبه قال الشافعي في الأصح وأحمد ومالك؛ لأن هذا إقرار صدر من أهله، فيجب إعماله فيحمل على السبب الصالح؛ تصحيحًا لكلام العاقل، وإعمالًا للإقرار الذي هو من الحجج.

ولأبي يوسف وجهان:

أحدهما: أن الإقرار المطلق ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة، فصار كأنه فسَّره به، كما **(حمل إقرار العبد المأذون وأحد المتفاوضين عليه)** أي: على الإقرار بسبب التجارة، ولا يحمل إقرارهما على دين المهر وأرش الجناية حتى لا يؤاخذ العبد في حال رقه، ولا يؤاخذ الشريك الآخر أبدًا. كذا في المبسوط.

والثاني: ما ذكره في الذخيرة، وهو أن إقراره احتمل الجواز والفساد كما قاله محمد، إلا أن حمله على الجواز متعذر؛ لأن الجواز له وجهان: الوصية والميراث، والجمع بينهما متعذر، وليس أحدهما أولى من الآخر فيحكم بالفساد؛ كمن اشترى عبدًا بألف درهم وقبضه قبل نقد الثمن، ثم باعه المشتري بعبد آخر من البائع بألف وخمسمائة وقيمتهما على السواء؛ كان البيع في المشترى فاسدًا، وإن احتمل الجواز؛ لأن للجواز جهتين بأن يصرف إليه مثل الثمن أو أكثر، والجمع بينهما متعذر، وليس أحدهما أولى من الآخر، فتعذر الحمل على الجواز، فحكم بالفساد.

قوله: (لأن له) أي: لهذا الإقرار **(وجهًا صحيحًا)** بأن أوصى رجل بالحمل لآخر ومات، فأقر وارثه بأن هذا الحمل لفلان، ولا وجه لتصحيح غيره، فتعين طريق التصحيح فيصح. وقال الشافعي: إن أطلق لا يصح في قول. نقله المزني

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِشَرْطِ الخِيَارِ بَطَلَ الشَّرْطُ) لِأَنَّ الخِيَارَ لِلْفَسْخِ، وَالإِخْبَارُ لَا يَحْتَمِلُهُ (وَلَزِمَهُ المَالُ) لِوُجُودِ الصِّيغَةِ المُلْزِمَةِ، وَلَمْ تَنْعَدِمْ بِهَذَا الشَّرْطِ البَاطِلِ، وَاَللَّهُ أَعْلَمُ.

بَابُ الاسْتِثْنَاءِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ

قَالَ: (وَمَنْ اسْتَثْنَى مُتَّصِلًا بِإِقْرَارِهِ: صَحَّ الِاسْتِثْنَاءُ، وَلَزِمَهُ البَاقِي) لِأَنَّ

عنه، [٢/ ٢٦٧/ب] وفي قول: يصح، وهو الأصح، وبه قال أحمد ومالك إن تيقن بوجوده عند الإقرار.

قوله: (ومن أقر بشرط الخيار)، صورته: إن أقر لرجل بدين من قرض أو غصب أو وديعة أو عارية قائمة أو مستهلكة على أنه بالخيار ثلاثة أيام ـ فالإقرار جائز؛ لوجود الصيغة الملزمة وبطل الخيار؛ لأن الإقرار إخبار، لا مدخل للخيار في الإخبار؛ لأن الخبر إن كان صادقًا فهو واجب العمل به اختاره أو لم يختره، وإن كان كذبًا فهو واجب الرد فلا يتغير باختياره وعدمه، وإنما تأثير اشتراط الخيار في العقود ليتخير مَن له الخيار بين فسخه وإمضائه، ولا نعلم فيه خلافًا؛ لأن الخيار في معنى التعليق بالشرط فيما دخل عليه، وهو حكم العقد، والإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط، فكذا لا يحتمل الخيار.

أما لو أقر بدين من ثمن بيع على أن فيه بالخيار؛ فإن هناك ثبت الخيار إذا صدَّقه صاحبه؛ لأن سببه يقبل الخيار، وإن كذَّبه صاحبه لم يثبت الخيار؛ لأن مطلق البيع اللزوم، والخيار أمر عارض، فلا يثبت إلا بحجة.

ولو أقرَّ بدين مِن كفالة على شرط الخيار مدة معلومة طويلة أو قصيرة، فإن صدَّقه المقر فهو كما قال، والخيار ثابت له إلى آخر المدة؛ لأن الكفالة عقد يصح اشتراط الخيار فيه، فيجعل ما تصادقا كالمعاين في حقهما. كذا في المبسوط[١].

بَابُ الِاسْتِثْنَاءِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ

لما ذكر حكم الإقرار شرع في بيان ما تغير به موجبه، وهو الاستثناء.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ١٩٩).

الِاسْتِثْنَاءَ مَعَ الجُمْلَةِ عِبَارَةٌ عَنْ البَاقِي وَلَكِنْ لَا بُدَّ مِن الِاتِّصَالِ، (وَسَوَاءٌ اسْتَثْنَى الأَقَلَّ أَوْ الأَكْثَرَ، فَإِنْ اسْتَثْنَى الجَمِيعَ، لَزِمَهُ الإِقْرَارُ وَبَطَلَ الِاسْتِثْنَاءُ) لِأَنَّهُ تَكَلَّمَ بِالحَاصِلِ بَعْدَ الثُّنْيَا وَلَا حَاصِلَ بَعْدَهُ فَيَكُونُ رُجُوعًا، وَقَدْ مَرَّ الوَجْهُ فِي الطَّلَاقِ.

قوله: **(لا بدَّ من الاتصال)** وهو قول الأئمة الأربعة، وفيه خلاف بعض العلماء، وقد بين في الأصول مع دلائله.

وعن عبد الملك المالكي: لا يصح الاستثناء، وقد مرَّ في الطلاق في فصل الاستثناء، ونقل عن مالك أنه لا يصح الاستثناء في الإقرار، ونقل عنه أنه لا يصحح استثناء الآحاد من العشرات، ولا المئين من الألوف؛ بل يصحح استثناء الآحاد والعشرات من المئين والألوف. هكذا نقله في تتمة أصحاب الشافعي.

واستثناء الأقل والأكثر يجوز. وقال الفراء: لا يجوز استثناء الأكثر من الأقل، وعن أحمد مثله.

وفي الكافي: وعن أبي يوسف ومالك مثله.

وفي الحلية: وبه قال ابن درستويه النحوي، وأحمد، ولكن ما ذكره في الكافي من قول مالك لم يكن مشهورًا عند أصحابه. ولهم: أن العرب لم تتكلم به.

وقلنا: هو تكلم بالباقي أو إخراج، وذا لا يتفاوت بين الأقل والأكثر، وقد مرَّ في الطلاق.

واستثناء الكل من الكل لا يجوز بلا خلاف، وذكر المصنف في زياداته: هذا إذا استثنى بعين ذلك اللفظ، بأن قال: نسائي طوالق إلا نسائي، أما لو قال: نسائي طوالق إلا عمرة وزينب وفاطمة، حتى لو أتى على الكل، وكذا إذا قال: نسائي طوالق إلا هو لا يصح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهن، وذلك لأن الاستثناء تصرف في اللفظ، فينبني على صحة اللفظ لا على صحة الحكم؛ ألا ترى أنه إذا قال لامرأته: أنت طالق ست تطليقات إلا أربعًا يصح الاستثناء حتى [تقع][1] تطليقتان، وإن كان السبب لا صحة له من حيث الحكم، وهذا لأنه لما أخرج كل فرد فقد أخرج بعض ما يتناوله وإن أتى على الكل.

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ مِائَةُ دِرْهَمٍ إلَّا دِينَارًا أَوْ إلَّا قَفِيزَ حِنْطَةٍ، لَزِمَهُ مِائَةُ دِرْهَمٍ إلَّا قِيمَةَ الدِّينَارِ أَوْ الْقَفِيزِ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ **(وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ مِائَةُ دِرْهَمٍ إلَّا ثَوْبًا: لَمْ يَصِحَّ الِاسْتِثْنَاءُ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَصِحُّ فِيهِمَا)**(*) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَصِحُّ فِيهِمَا. وَلِمُحَمَّدٍ: أَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ مَا لَوْلَاهُ لَدَخَلَ تَحْتَ اللَّفْظِ، وَهَذَا لَا يَتَحَقَّقُ فِي خِلَافِ الْجِنْسِ. وَلِلشَّافِعِيِّ: أَنَّهُمَا اتَّحَدَا جِنْسًا مِن حَيْثُ الْمَالِيَّةُ.

قوله: (إلا قيمة الدينار أو القفيز) وكذا لو قال: إلا فلسًا أو شيئًا، أو استثنى مكيلًا أو موزونًا أو معدودًا فهو على هذا الخلاف.

(وقال محمد: لا يصح فيهما) أي: في المقدرات وغيره، وبه قال زفر وأحمد.

وقال الشافعي: يصح فيهما، وبه قال مالك، ويبين قيمة الثوب فإن استغرقت المائة بطل الاستثناء في قول، وبه قال مالك. وفي قول: يلغو تفسيره، ويجب أن يبين ثوبًا لا تستغرق قيمته المائة.

قوله: (أن الاستثناء ما لولاه) إلى آخره، يعني الاستثناء تصرف في اللفظ، وهو إخراج بعض ما يتناوله صدر الكلام على معنى أنه لولا الاستثناء لكان داخلًا تحت الصدر، وهذا لا يتصور في خلاف الجنس.

وإطلاق الاستثناء على المنقطع بطريق المجاز، والكلام مع الشافعي بناء على الاختلاف في كيفية عمل الاستثناء، فعنده عمله بطريق المعارضة، كدليل الخصوص في العام، كما بيّن في الأصول، والعمل بالدليل المعارض واجب بحسب الإمكان، وقد أمكن هاهنا المجانسة، وإذا كان كذلك لا يصح استثناء الثوب ونحوه؛ لأن صدر الكلام لم يتناوله، فلم يكن استثناء بل كلامًا مبتدأ؛ لبيان أنه ليس عليه شيء من الثوب، وعدم وجوب الثوب عليه لا ينافي وجوب الألف عليه، [٢/٢٦٨/أ] والقياس كذلك فيما إذا استثنى مكيلًا أو موزونًا أو معدودًا من خلاف جنسه؛ لأن الصدر لم يتناوله، ولكن استحسن أبو حنيفة وأبو يوسف وقالا: المقدرات جنس واحد معنًى وإن كانت أجناسًا صورةً؛ لأنها

(*) الراجح: قول الشيخين.

وَلَهُمَا: أَنَّ الْمُجَانَسَةَ فِي الْأَوَّلِ ثَابِتَةٌ مِن حَيْثُ الثَّمَنِيَّةُ، وَهَذَا فِي الدِّينَارِ ظَاهِرٌ. وَالْمَكِيلُ وَالْمَوْزُونُ أَوْصَافُهَا أَثْمَانٌ؛ أَمَّا الثَّوْبُ فَلَيْسَ بِثَمَنٍ أَصْلًا، وَلِهَذَا لَا يَجِبُ بِمُطْلَقِ عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ، وَمَا يَكُونُ ثَمَنًا صَلَحَ مُقَدِّرًا بِالدَّرَاهِمِ فَصَارَ مُسْتَثْنًى مِن

تثبت في الذمة ثمنًا، أما الدينار فظاهر، وكذا غيره؛ لأن الكيلي والوزني مبيع بأعيانهما، ثمن بأوصافهما، حتى لو عينا تعلق العقد بأعيانهما، ولو وصفا ولم يعينا صار حكمهما حكم الدينار؛ ولهذا يستوي الجيد والرديء فيهما، فكانت في حكم الثبوت في الذمة كجنس واحد معنًى.

والاستثناء استخراج وتكلم بالباقي معنًى لا صورةً؛ لأنه تكلم بألفٍ صورةً، والعدديات المتقاربات كالمقدرات في ذلك، أما الثوب والشاة ونحوهما فليس من جنس المقدرات معنًى؛ لأنه لم يصلح ثمنًا، فلم يكن استثناؤه استخراجًا صورةً ولا معنًى، فكان باطلًا.

فإن قيل: إن قامت المماثلة من حيث الثمنية فقد بقيت من حيث المالية، فلم لا يصح الاستخراج باعتبارها؟

قلنا: الأثمان مقدرة لمالية الأشياء؛ لأنها مقدرة، فيصلح أن تكون مقدرة للدراهم المستثناة، فكأنه ذكر المقدر وترك المقدر لدلالة المقدر على المقدر، فكان استثناء الدراهم من الدراهم معنًى، وما لا يصلح ثمنًا لا يكون من المقدرات، فلا يصلح مقدر الدراهم المستثناة؛ لافتقار المقدر إلى كونه مقدرًا، فبقي المستثنى من الدراهم مجهولًا، فلا يصح الاستثناء؛ لأنه استخرج معنًى، ولم يصح الاستخراج معنًى، فبطل.

قوله: (أوصافهما أثمان) أي: كونهما أثمانًا وواجبًا في الذمة إنما كان بسبب الوصف، كالحنطة الربيعية والخريفية لا بسبب الذات والعينية، حتى لو عينهما يتعلق العقد بعينهما، فيكون بيع مقابضة ولا يجب في الذمة، بخلاف الدراهم والدنانير، فإنهما أثمان وواجبة في الذمة عينت أو لا.

قوله: (ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة) احترز به عن السلم، فإنه يجب في السلم.

الدَّرَاهِمِ، وَمَا لَا يَكُونُ ثَمَنًا لَا يَصْلُحُ مُقَدِّرًا، فَبَقِيَ الْمُسْتَثْنَى مِن الدَّرَاهِمِ مَجْهُولًا فَلَا يَصِحُّ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِحَقٍّ وَقَالَ: «إِنْ شَاءَ اللَّهُ» مُتَّصِلًا) بِإِقْرَارِهِ (لَمْ يَلْزَمْهُ الإِقْرَارُ)

قوله: (يصلح مُقدِّرًا) بكسر الدال، على صيغة الفاعل.

قوله: (فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولًا) وفي بعض النسخ: **(فبقي المستثنى من الدراهم مجهولًا فلا يصح)** أي: الاستثناء، فيجبر على البيان، ولا يمنع به صحة الإقرار؛ لصحته بجهالة المقر به، ولكن جهالة المستثنى تمنع صحة الاستثناء؛ لأن جهالة المستثنى تورث جهالة في المستثنى منه، فبقي المقر به مجهولًا.

وفي الذخيرة: إذا صح الاستثناء يُطرح قدر قيمة المستثنى عن المقر، وإن كان قيمة المستثنى تستغرق ما أقر به لا يلزمه شيء، ثم ما ذكر أن جهالة المستثنى تلزم جهالة المقر به مخالف لما ذكر في الذخيرة محالًا إلى المنتقى، قال أبو حنيفة: لو قال: لفلان عليَّ مائة درهم إلا قليلًا؛ فعليه أحد وخمسون درهمًا، وكذا في نظائرها، نحو قوله: إلا شيئًا؛ لأن استثناء الشيء استثناء الأقل عرفًا، فأوجبنا النصف وزيادة درهم، فقد استثنى الأقل.

وعن أبي يوسف: لو قال: عليَّ عشرة إلا بعضها؛ فعليه أكثر من النصف، ولو قال: لفلان عليَّ ألف إلا مائة أو خمسين، فقال أبو سليمان: عليه تسعمائة وخمسون؛ لأنه ذكر كلمة الشك في الاستثناء، فيثبت أقلهما، كما لو ذكر كلمة الشك في الإقرار بين الشيئين فإنه يثبت أقلهما، فكذا هذا، وفي رواية أبي حفص تلزمه تسعمائة؛ لأن الشك في الاستثناء يوجب الشك في الإقرار، فكأنه قال: عليَّ تسعمائة وخمسون فيثبت الأقل، قالوا: والأول أصح؛ لأن الشك حصل في الاستثناء ظاهرًا.

وعند الشافعي ومالك يصح استثناء المجهول كما يصح الإقرار بالمجهول، وبه قال أحمد في رواية، ويبين المجهول كما في الإقرار، وإذا بينه وقيمته أكثر من المستثنى منه لا يصح الاستثناء، كما في استثناء الثوب الذي قيمته أكبر من المستثنى منه.

قوله: (ومن أقر) بشيء إلى **قوله: (إن شاء الله)** إلى آخره.

لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ بِمَشِيئَةِ اللَّهِ: إِمَّا إِبْطَالٌ أَوْ تَعْلِيقٌ؛ فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلَ: فَقَدْ بَطَلَ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِيَ: فَكَذَلِكَ، إِمَّا لِأَنَّ الْإِقْرَارَ لَا يَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ بِالشَّرْطِ، أَوْ لِأَنَّهُ شَرْطٌ لَا يُوقَفُ عَلَيْهِ كَمَا ذَكَرْنَا فِي الطَّلَاقِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ مِائَةُ دِرْهَمٍ إِذَا

في المبسوط[(١)]: هذا الاستثناء باطلٌ في القياس؛ لأن ذكره بمنزلة ذكر الشرط، وذلك إنما يصح في الإنشاءات لا الإخبارات.

وفي الاستحسان: الاستثناء مخرج للكلام عن كونه عزيمة مثبتًا لشيء، لا أن يكون في معنى الشرط، قال تعالى: ﴿سَتَجِدُنِيٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ صَابِرًا﴾ [الكهف:٦٩] ولم يصبر، ولم يعاقب على ذلك، والوعد من الأنبياء كالعهد من غيرهم، فدلَّ أن الاستثناء مخرج للكلام عن كونه عزيمة، قال ﷺ: «**مَنْ اسَتثَنى فَلَهُ ثُنْيَاهُ**»[(٢)] والإقرار لا يكون ملزمًا [٢/٢٦٨/ب] إلا بكلام هو عزيمة، فإذا كان مُغيِّرًا بشرط وَصَلَه؛ إذِ المفصول بمنزلة النسخ والتبديل، والمقر لا يملك ذلك في إقراره، وهذا بخلاف الرجوع عن الإقرار، حيث لا يصح وإن كان موصولًا؛ لأن رجوعه نفي لما أثبته، فكان تناقضًا منه، والمتناقض لا يصح موصولًا ومفصولًا، أما هذا فبيان تعبير، فيصح موصولًا لا مفصولًا، بمنزلة التعليق بالشرط.

قوله: (إما إبطال أو تعليق) وإنما ردد بين هذين اللفظين؛ لما أن في الاستثناء بمشيئة الله تعالى اختلافًا، فقال محمد: إبطال، وقال أبو يوسف: تعليق، وقيل: الاختلاف على العكس، وقد ذكرنا اختلاف العلماء فيه مع فروعه في فصل الاستثناء في الطلاق.

قوله: (لأن الإقرار لا يحتمل التعليق)؛ لأنه إخبار، والإخبار لا يحتمل التعليق؛ لأن الخبر إن كان صادقًا لا يصير كذبًا بفوات الشرط، وإن كان كذبًا لا يصير صدقًا بوجود الشرط، فلا يليق التعليق به أصلًا، وإنما يليق التعليق بالإيجاب؛ ليتبين بالتعليق أنه ليس بإيقاع. كذا في المبسوط.

(كما ذكرنا في الطلاق) أي: في فصل الاستثناء.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٧/ ١٩١).
(٢) أخرجه الترمذي (٤/١٠٨ برقم ١٥٣٢)، والنسائي (٧/ ٣٠ برقم ٣٨٥٥)، وابن ماجة (١/ ٦٨٠ برقم ٢١٠٤)، وابن حبان (١٠/ ١٨٣ برقم ٤٣٤١) بنحوه، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

مِتُّ، أَوْ إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ أَوْ إِذَا أَفْطَرَ النَّاسُ، لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى بَيَانِ المُدَّةِ فَيَكُونُ تَأْجِيلًا لَا تَعْلِيقًا، حَتَّى لَوْ كَذَّبَهُ المُقَرُّ لَهُ فِي الأَجَلِ، يَكُونُ المَالُ حَالًّا.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِدَارٍ وَاسْتَثْنَى بِنَاءَهَا لِنَفْسِهِ، فَلِلْمُقَرِّ لَهُ الدَّارُ وَالبِنَاءُ) لِأَنَّ البِنَاءَ دَاخِلٌ فِي هَذَا الإِقْرَارِ مَعْنًى لَا لَفْظًا، وَالِاسْتِثْنَاءُ تَصَرُّفٌ فِي المَلْفُوظِ، وَالفَصُّ فِي الخَاتَمِ، وَالنَّخْلَةُ فِي البُسْتَانِ نَظِيرُ البِنَاءِ فِي الدَّارِ، لِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِيهِ تَبَعًا لَا لَفْظًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: إِلَّا ثُلُثَهَا أَوْ إِلَّا بَيْتًا مِنْهَا، لِأَنَّهُ دَاخِلٌ فِيهِ لَفْظًا (وَلَوْ قَالَ: بِنَاءُ هَذَا الدَّارِ لِي، وَالعَرَصَةُ لِفُلَانٍ، فَهُوَ كَمَا قَالَ) لِأَنَّ العَرْصَةَ عِبَارَةٌ عَنِ البُقْعَةِ دُونَ

قوله: (حتى لو كذبه يكون المال حالًّا)؛ لأن (إذا) للوقت، والوقت الذي ذكره آتٍ لا محالة؛ إذِ الموت ومجيء رأس الشهر ووقت الفطر آتٍ لا محالة؛ ولهذا قالوا: المراد وقت الفطر لا حقيقة الفطر، ووقته آتٍ لا محالة، حتى لو عنى به حقيقة فعل الفطر ينبغي ألا يصح إقراره، وعند الشافعي يجب المال مؤجلًا، وقد بيناه قبل.

قوله: (فللمقر له الدار والبناء)، وقالت الأئمة الثلاثة: يصح استثناء البناء والفص والنخلة من الدار والخاتم والبستان؛ لأنه أخرج ما تناوله اللفظ معنًى، كما لو قال: إلا ثلثها أو ربعها أو بيتًا منها.

وفي شرح الوجيز: في وجه لا يصح استثناء البناء والفص والنخلة من الدار والخاتم والبستان؛ لأن الاستثناء المعاد هو الاستثناء عن الأعداد المطلقة، فأما المعينات فالاستثناء منها غير معهود؛ لأنه إذا أقرَّ بالعين فقد نصَّ على ثبوت الملك، فيكون الاستثناء بعده رجوعًا، فلا يصح، والأول ظاهر المذهب، وقد نصَّ عليه في بعض الصور.

وقلنا: البناء والفص والنخلة يدخل تبعًا، والاستثناء إنما يكون مما تناوله الكلام نصًّا؛ لأنه إخراج ما لولاه لكان الكلامُ متناولًا له، واستثناء التوابع لا يصح؛ لأنه يثبت الحكم فيه بالتبعية، والتبعية قائمة بعد الاستثناء، بخلاف ما لو قال: إلا ثلثها أو ربعها أو بيتًا منها؛ لأنه دخل فيه لفظًا؛ إذِ الدار تشمل البيت وغيره، وكذا ثلثها وربعها؛ ولهذا لو استحق البيت في بيع الدار تسقط حصته من الثمن. ذكره في الذخيرة، فهو كما قال، ولا خلاف فيه.

البِنَاءِ، فَكَأَنَّهُ قَالَ: بَيَاضُ هَذِهِ الأَرْضِ دُونَ البِنَاءِ لِفُلَانٍ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: مَكَانُ العَرْصَةِ أَرْضًا، حَيْثُ يَكُونُ البِنَاءُ لِلْمُقَرِّ لَهُ: لِأَنَّ الإِقْرَارَ بِالأَرْضِ إِقْرَارٌ بِالبِنَاءِ كَالإِقْرَارِ بِالدَّارِ.

(وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ مِن ثَمَنِ عَبْدٍ اشْتَرَيْته مِنهُ وَلَمْ أَقْبِضْهُ، فَإِنْ ذَكَرَ عَبْدًا بِعَيْنِهِ، قِيلَ لِلْمُقَرِّ لَهُ إِنْ شِئْت فَسَلِّمْ العَبْدَ وَخُذْ الأَلْفَ وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ لَك) قَالَ: وَهَذَا عَلَى وُجُوهٍ: أَحَدُهَا: هَذَا، وَهُوَ أَنْ يُصَدِّقَهُ وَيُسَلِّمَ العَبْدَ، وَجَوَابُهُ مَا ذُكِرَ، لِأَنَّ الثَّابِتَ بِتَصَادُقِهِمَا كَالثَّابِتِ مُعَايَنَةً.

وَالثَّانِي: أَنْ يَقُولَ المُقَرُّ لَهُ: العَبْدُ عَبْدُك مَا بِعْتُكَهُ، وَإِنَّمَا بِعْتُك عَبْدًا غَيْرَ هَذَا،

قوله: **(مكان العرصة أرضًا)** بأن قال: الأرض لفلان والبناء لي، حيث يكون البناء للمقر له مع الأرض، خلافًا للأئمة الثلاثة، أما لو قال: البناء لفلان والأرض لآخر؛ فهو كما قال.

والفرق أن الإقرار بالأرض إقرار بالبناء، فكان قوله: **(البناء لآخر)** رجوعًا، فلا يصح، أما لو قدم البناء بأن قال: البناء لفلان؛ فإقراره بالبناء وقع معتبرًا، واستحقه فلان، فإقراره بالأرض بعد ذلك، فهب أنه إقرار بالبناء أيضًا أن البناء بعدما صار مستحقًا لغيره لا يصح رجوعه، فوضح الفرق. كذا في المبسوط[1].

قوله: **(كالثابت معاينة)** فلو عينا أنه اشترى منه هذا العبد، والعبد في يده؛ كان عليه ألف درهم، كذا هاهنا.

قوله: **(لإقراره به)**[2] أي: بالمال، ولا يبالي باختلاف السبب؛ لأن الأسباب مطلوبة بأحكامها لا أعيانها، فلا يعتبر التكاذب في السبب بعد اتفاقهما على وجوب أصل المال.

قوله: **(وحكمه ألا يلزم المقر)**[3] أي: حكم الوجه الثالث ألا يلزم المقر **(شيء)** لأنه أقر بالمال إذا سلم له العبد، ولم يسلم له العبد.

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٨/٧٦).

(٢) (٣) انظر المتن ص ٩١٠.

وَفِيهِ المَالُ لَازِمٌ عَلَى المُقِرِّ لِإِقْرَارِهِ بِهِ عِنْدَ سَلَامَةِ العَبْدِ لَهُ، وَقَدْ سَلَّمَ فَلَا يُبَالَى بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ بَعْدَ حُصُولِ المَقْصُودِ. وَالثَّالِثُ: أَنْ يَقُولَ العَبْدُ عَبْدِي مَا بِعْتُك. وَحُكْمُهُ: أَنْ لَا يَلْزَمَ المُقِرَّ شَيْءٌ، لِأَنَّهُ مَا أَقَرَّ بِالمَالِ إِلَّا عِوَضًا عَنْ العَبْدِ فَلَا يَلْزَمُهُ دُونَهُ، وَلَوْ قَالَ مَعَ ذَلِكَ: إِنَّمَا بِعْتُك غَيْرَهُ يَتَحَالَفَانِ، لِأَنَّ المُقِرَّ يَدَّعِي تَسْلِيمَ مَنْ عَيَّنَهُ، وَالآخَرَ يُنْكِرُ، وَالمُقَرَّ لَهُ يَدَّعِي عَلَيْهِ الأَلْفَ بِبَيْعِ غَيْرِهِ وَالآخَرَ يُنْكِرُهُ، وَإِذَا تَحَالَفَا بَطَلَ المَالُ، هَذَا إِذَا ذَكَرَ عَبْدًا بِعَيْنِهِ (وَإِنْ قَالَ: مِن ثَمَنِ عَبْدٍ اشْتَرَيْتُهُ، وَلَمْ يُعَيِّنْهُ، لَزِمَهُ الأَلْفُ، وَلَا يُصَدَّقُ فِي قَوْلِهِ: مَا قَبَضْتُ، عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَصَلَ أَمْ فَصَلَ) لِأَنَّهُ رُجُوعٌ، فَإِنَّهُ أَقَرَّ بِوُجُوبِ المَالِ رُجُوعًا إِلَى كَلِمَةِ عَلَيَّ، وَإِنْكَارُهُ القَبْضَ فِي غَيْرِ المُعَيَّنِ يُنَافِي الوُجُوبَ أَصْلًا، لِأَنَّ الجَهَالَةَ مُقَارِنَةٌ كَانَتْ أَوْ طَارِئَةً بِأَنْ اشْتَرَى عَبْدًا ثُمَّ نَسِيَاهُ عِنْدَ الِاخْتِلَاطِ بِأَمْثَالِهِ تُوجِبُ هَلَاكَ المَبِيعِ، فَيَمْتَنِعُ وُجُوبُ نَقْدِ الثَّمَنِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ كَانَ رُجُوعًا فَلَا يَصِحُّ وَإِنْ كَانَ مَوْصُولًا.

قوله: (ولو قال) أي: المقر له (مع ذلك) أي: مع إنكاره العبد المقر به: (ما بِعْتُكَهُ) (إنما بعتك غيره) فحكمه أن يتحالفا؛ لأن كل واحدٍ مدعٍ ومنكر.

(فإذا تحالفا بطل المال) أي: من المقر، والعبد سالم لمن في يده.

قوله: (لأنه رجوع) أي قوله: (ما قبضت) رجوع عن الإقرار، والرجوع عنه باطل، موصولًا كان أو مفصولًا.

وفي المبسوط: وضع المسألة في المتاع، فقال: عليَّ ألف من ثمن مبتاع لم أقبضه، وهذا لأنه أقر بوجوب المال عليه نظرًا إلى [٢/ ٢٦٩/أ] قوله على أنها للإلزام حقيقة، وبعد ذلك إنكاره القبض في المجهول ينافي الوجوب؛ لأن ثمن عبد غير معين لا يكون واجبًا على المشتري إلا بعد القبض، وما لا يكون بعينه - في حكم المستهلك؛ لأنه لا طريق للوصول إليه، فإنه ما من عبد يحضره إلا وللمشتري أن يقول: المبيع غيره، وتسليم الثمن لا يجب إلا بإحضار المبيع، فعلم أنه في حكم المستهلك، وكأنه أقر بالقبض ثم رجع عنه(١).

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٨/ ١٧٩).

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إِنْ وَصَلَ، صُدِّقَ وَلَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ، وَإِنْ فَصَلَ، لَمْ يُصَدَّقْ إِذَا أَنْكَرَ المُقَرُّ لَهُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مِن ثَمَنِ عَبْدٍ(*)، وَإِنْ أَقَرَّ أَنَّهُ بَاعَهُ مَتَاعًا فَالقَوْلُ قَوْلُ المُقِرِّ. وَوَجْهُ ذَلِكَ: أَنَّهُ أَقَرَّ بِوُجُوبِ المَالِ عَلَيْهِ وَبَيَّنَ سَبَبًا وَهُوَ البَيْعُ،

وفي الذخيرة: قوله: (لم أقبضه)[1] تأخير المطالبة إلى الأبد؛ لما أن المطالبة بإحضار المبيع، وفي المجهول لم يتصور كما ذكرنا، فكان كإقراره بألف من ثمن مبيع إلى شهر، فلم يصدق، فكذا هذا.

بخلاف ما إذا عيّن المتاع، فإنه أقر بالوجوب، ولم يدعِ ما يوجب تأخير المطالبة؛ لأن المبيع إذا كان حاضرًا يطالب المشتري بأداء الثمن أولًا ثم يقبض المبيع، فلم يكن قوله: (ولم أقبضهُ) دعوى تأخير المطالبة، فيصدق وصل أم فصل.

قوله: (وقال أبو يوسف ومحمد: إن وصل صُدِّقَ ولم يلزمه شيء) كما في المعين، وبه قالت الأئمة الثلاثة، أما لو قال: أقرضني ألفًا، ثم قال: لم أقبضها؛ لا يقبل قوله عندنا، خلافًا للأئمة الثلاثة.

قوله: (وإن أقرَّ أنه باعه متاعًا) يعني بعد إنكاره من ثمن عبد، فأقر بأنه باعه متاعًا؛ فالقول للمقر وصل أم فصل، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وفي الذخيرة: ولو صدقه المقر له في الجهة، بأن قال: لي عليك ألف من ثمن متاع بعته وقبضت مني، وقال المقر: لم أقبضه مفصولًا، كان أبو يوسف أولًا[2]: لا يصدق، كما لو كذبه في الجهة، ثم رجع وقال: يصدق وصل أم فصل، وبه قال محمد؛ لأن قوله: **(لم أقبض)** منى[3] صدق المقر له في الجهة بيان مجمل فيصدق، كما لو قال: عليَّ ألف من ثمن هذا المتاع الذي في يدك إلا أني لم أقبض.

وإنما قلنا: إنه بيان مجمل؛ لأن البيع يثبت بتصادقهما، ونفى أمر القبض مجملًا، إلا أنه لم يقر بالقبض لا نصًا ولا دلالة، وهو ظاهر، ولا اقتضاء

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

(١) انظر المتن ص ٩١٢.

(٢) كذا في الأصول الخطية، ولعل صوابها: (أولًا يقول).

(٣) كذا في الأصل، وفي النسخة الثانية: (دي)، ولعلها: (نفى).

فَإِنْ وَافَقَهُ الطَّالِبُ فِي السَّبَبِ وَبِهِ لَا يَتَأَكَّدُ الْوُجُوبُ إِلَّا بِالقَبْضِ، وَالمُقِرُّ يُنْكِرُهُ فَيَكُونُ القَوْلُ لَهُ، وَإِنْ كَذَّبَهُ فِي السَّبَبِ كَانَ هَذَا مِن المُقِرِّ بَيَانًا مُغَيِّرًا، لِأَنَّ صَدْرَ كَلَامِهِ لِلْوُجُوبِ مُطْلَقًا وَآخِرُهُ يَحْتَمِلُ انْتِفَاءَهُ عَلَى اعْتِبَارِ عَدَمِ القَبْضِ وَالمُغَيِّرُ يَصِحُّ مَوْصُولًا لَا مَفْصُولًا.

(وَلَوْ قَالَ ابْتَعْتُ مِنهُ بَيْعًا، إِلَّا أَنِّي لَمْ أَقْبِضْهُ: فَالقَوْلُ قَوْلُهُ) بِالإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِن ضَرُورَةِ البَيْعِ القَبْضُ، بِخِلَافِ الإِقْرَارِ بِوُجُوبِ الثَّمَنِ.

قَالَ: (وَكَذَا لَوْ قَالَ: مِن ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ) وَمَعْنَى المَسْأَلَةِ: إِذَا قَالَ لِفُلَانٍ

أيضًا؛ لأن وجوب الألف ليس من ضرورته القبض؛ إذِ الثمن يجب بنفس العقد بلا قبض، فلما لم يكن قابضًا لا نصًّا ولا اقتضاءً بقي أمر [القبض][(١)] مجملًا، فيصدق في بيانه وصل أم فصل.

قوله: (فإن وافقه الطالب) أي: صدق المقر له المقر في الجهة، وهو البيع.

(وبه) أي: بالبيع المجرد **(لا يتأكد الوجوب)** أي: وجوب الثمن على المشتري؛ إذْ وجوب الثمن عليه قبل قبض المبيع متزلزل؛ لأنه عسى يهلك المبيع فيسقط الثمن، ثم المقر له يدعي قبض الثمن، **(والمقر ينكره)**؛ فكان القول للمنكر مع اليمين للوجوب مطلقًا؛ لأن مقتضى أول الكلام أن يكون مطالبًا بالمال في الحال رجوعًا إلى كلمة (عليَّ).

(وآخره) أي: آخر الكلام **(يحتمل انتفاءه)** أي: انتفاء الوجوب يعني يحتمل ألا يكون مطالبًا به حتى يحضر العبد، فكان بيانه مغيرًا بظاهر الكلام إلى الاحتمال، فيصح موصولًا لا مفصولًا.

(فالقول قوله بالإجماع) وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لأنه لم يقر على نفسه بالوجوب لا نصًّا، وهو ظاهر، فإنه لم يقل: (عليَّ) ولا بمقتضى إقراره بالشراء؛ إذْ ليس من ضرورة الشراء وجوب الثمن، فإن الشراء بشرط الخيار للمشتري لا يوجب الثمن عليه في الحال.

قوله: (من ثمن خمر أو خنزير) وكذا لو قال: من ثمن حر أو دم، فلو

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

عَلَيَّ أَلْفٌ مِن ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ (لَزِمَهُ الأَلْفُ وَلَمْ يُقْبَلْ تَفْسِيرُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَلَ أَمْ فَصَلَ) لِأَنَّهُ رُجُوعٌ، لِأَنَّ ثَمَنَ الخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ لَا يَكُونُ وَاجِبًا وَأَوَّلُ كَلَامِهِ لِلْوُجُوبِ (وَقَالَا: إِذَا وَصَلَ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ) لِأَنَّهُ بَيَّنَ بِآخِرِ كَلَامِهِ أَنَّهُ مَا أَرَادَ بِهِ الإِيجَابَ وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ فِي آخِرِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

قُلْنَا: ذَاكَ تَعْلِيقٌ وَهَذَا إِبْطَالٌ.

صدقه الطالب في ذلك؛ لم يلزمه شيءٌ بإجماع الفقهاء. وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي في قول، واختاره المزني وأبو إسحاق ومالك: لا يلزمه شيء؛ لأن الكل كلام واحد فيعتبر آخره، وبين بآخره أنه ما أراد به الإيجاب؛ بل أراد به الإبطال، فصار كما لو قال في آخر كلامه: إن شاء الله، وذلك لأنه يحتمل أنه بنى إقراره على عادة الفسقة، فإنهم يعتادون شراء الخمر وأداء ثمنها، فكان آخر كلامه بيانًا مغيرًا فيصح موصولًا.

وقلنا: أول كلامه يدل على الوجوب رجوعًا إلى كلمة (عليَّ).

وقوله: (من ثمن خمر أو خنزير) رجوع عنه؛ إذْ ثمن الخمر والخنزير لا يجب على المسلم، فكان رجوعًا عن الإقرار، فلا يصح وَصَل أم فَصَل؛ بخلاف قوله: إن شاء الله، فإنه [٢/ ٢٦٩/ب] تعليق بشرط لا يوقف عليه، والتعليق بالشرط من باب التغيير، فيصح موصولًا، وعند مالك والشافعي في قول.

قوله: (إن شاء الله) لا يغير أول كلامه؛ لعدم صحته عندهما.

وفي المبسوط والذخيرة: لو قال له: عليَّ ألف حرام أو ربًا يلزمه الألف؛ لأن الحرام عنده لعل يكون حلالًا عند غيره، ولعل الربا عنده ليس بربا عند غيره، ولو قال: عليَّ ألف زور أو باطل؛ إن صدَّقه فلان فلا شيء عليه، وإن كذبه فعليه الألف، والإقرار بالبيع يلحقه على هذا التفصيل.

قوله: (وهذا) أي: قوله: إن شاء الله (**إبطال ورجوع**) والرجوع بعد الإقرار لا يصح. وفي أصول شمس الأئمة: قوله: (إن شاء الله) صيغة التعليق، والإرسال والتعليق متعارف بين أهل اللسان، فكان ذلك من باب البيان لا الرجوع، ووجوب المال عليه من حكم إرسال الكلام، فمنع صيغة التعليق لا يلزم حكم الإرسال.

(وقالا) أي: أبو يوسف ومحمد (يصدق إن وصل)، وإن فصل لا يصدق،

(وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ مِن ثَمَنِ مَتَاعٍ، أَوْ قَالَ: أَقْرَضَنِي أَلْفَ دِرْهَمٍ، ثُمَّ قَالَ: هِيَ زُيُوفٌ، أَوْ نَبَهْرَجَةٌ، وَقَالَ المُقَرُّ لَهُ: جِيَادٌ، لَزِمَهُ الجِيَادُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إنْ قَالَ مَوْصُولًا يُصَدَّقُ، وَإِنْ قَالَ مَفْصُولًا لَا يُصَدَّقُ)(*) وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ إذَا قَالَ: هِيَ سَتُّوقَةٌ أَوْ رَصَاصٌ، وَعَلَى هَذَا إذَا قَالَ: إلَّا أَنَّهَا زُيُوفٌ، وَعَلَى هَذَا إذَا قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ زُيُوفٍ مِن ثَمَنِ مَتَاعٍ. لَهُمَا: أَنَّهُ بَيَانٌ مُغَيِّرٌ فَيَصِحُّ بِشَرْطِ الوَصْلِ كَالشَّرْطِ وَالِاسْتِثْنَاءِ. وَهَذَا لِأَنَّ اسْمَ الدَّرَاهِمِ يَحْتَمِلُ الزُّيُوفَ بِحَقِيقَتِهِ، وَالسَّتُّوقَةُ بِمَجَازِهِ، إلَّا أَنَّ مُطْلَقَهُ يَنْصَرِفُ إلَى الجِيَادِ، فَكَانَ بَيَانًا مُغَيِّرًا مِن هَذَا الوَجْهِ، وَصَارَ كَمَا إذَا قَالَ: إلَّا أَنَّهَا وَزْنُ خَمْسَةٍ.

وبه قال الشافعي وأحمد.

قوله: (وعلى هذا الخلاف إذا قال: هي ستوقة أو رصاص) يعني: لا يصدق وصل أم فصل عند أبي حنيفة، وعندهما يصدق إن وصل.

وفي جامع قاضي خان عن أبي يوسف: فيه روايتان: في رواية مع أبي حنيفة، وفي رواية مع محمد.

قوله: (ألف درهم زيوفٍ) بالجر، وتجري الصفة على المعدود دون العدد، كقوله تعالى: ﴿سَبۡعَ بَقَرَٰتٖ سِمَانٖ﴾ [يوسف:٤٣].

قوله: (يحتمل الزيوف بحقيقته)؛ لأنها من جنس الدراهم، حتى يحصلَ بها الاستيفاء في الصرف والسلم ولا يصير استبدالًا **(والستوقة بمجازه)** إذِ الستوقة تسمَّى دراهم مجازًا، والنقل من الحقيقة إلى المجاز بيان تغيير، فيصح موصولًا لا مفصولًا.

قوله: (إلا أن مطلقه) أي: مطلق اسم الدرهم **(ينصرف إلى الجياد)** بالعرف؛ لأن بياعات الناس تكون بالجياد عادة **(فكان بيانًا مغيرًا من هذا الوجه، فصار كما إذا قال: إلا أنها وزن خمسة)** أو ستة، ونقد بلدهم وزن سبعة ـ يصدق إن وصل.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ هَذَا رُجُوعٌ، لِأَنَّ مُطْلَقَ العَقْدِ يَقْتَضِي وَصْفَ السَّلَامَةِ عَنْ العَيْبِ، وَالزِّيَافَةُ عَيْبٌ وَدَعْوَى العَيْبِ رُجُوعٌ عَنْ بَعْضِ مُوجِبِهِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: بِعْتُكَهُ مَعِيبًا، وَقَالَ المُشْتَرِي: بِعْتَنِيهِ سَلِيمًا، فَالقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي لِمَا بَيَّنَّا، وَالسَّتُّوقَةُ لَيْسَتْ مِن الأَثْمَانِ، وَالبَيْعُ يُرَدُّ عَلَى الثَّمَنِ فَكَانَ رُجُوعًا. وَقَوْلُهُ: إِلَّا أَنَّهَا وَزْنُ خَمْسَةٍ يَصِحُّ اسْتِثْنَاءً، لِأَنَّهُ مِقْدَارٌ بِخِلَافِ الجَوْدَةِ، لِأَنَّ اسْتِثْنَاءَ الوَصْفِ لَا يَجُوزُ كَاسْتِثْنَاءِ

فإن قيل: استثناء الوصف لا يصح بالإجماع، فكيف صححا استثناء الزيافة هاهنا؟

قلنا: صححا ذلك من حيث المعنى، ومن حيث المعنى: الزيافة عين لا وصف، فإن قوله: (عليَّ ألف من ثمن متاع إلا أنها زيوف) بمنزلة قوله: (إلا إنها نقد بلد كذا ونقد ذلك البلد زيوف) وهناك صح هذا البيان موصولًا بالإجماع، وهذا في معناه فينبغي أن يصح، فصار ذلك نوعًا للدراهم لا وصفًا، بمنزلة قوله في الحنطة: (إلا أنها رديئة)[1]. إليه أشار في الأسرار والفوائد الظهيرية.

قوله: (ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه) إذْ مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب، فتكون السلامة عن العيب مستحقًا بالعقد، فإذا قال: إنها زيوف، فقد أراد إبطال بعض ما هو مستحق بالعقد، فلا يصدق وإن وصل.

وفي الأسرار وغيره: وحاصل الاختلاف راجعٌ إلى أن الزيوف تدخل في مطلق اسم الدراهم أم لا؟

فأبو حنيفة رجح جانب العيب، فلم يدخله تحت مطلق اسم الدراهم، حتى كان دعوى الزيافة رجوعًا، وهما أدخلاها على سبيل التوقف حتى [كان][2] دعوى الزيافة [بعد ذكر اسم][3] مطلق الدراهم بيان تغيير، كالشرط والاستثناء.

وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله: **(إن مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب)**.

قوله: (بخلاف الجودة) أي: بخلاف ما إذا قال: إلا أنها زيوف، فإن فيه استثناء الدراهم الجيدة عن الوجوب في الذمة، والجودة صفة، ولا يصح استثناء

---

(١) انظر المتن ص ٩١٦.

(٢) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(٣) في الأصل: (فعدد)، والمثبت من النسخة الثانية.

الْبِنَاءِ فِي الدَّارِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: عَلَيَّ كُرُّ حِنْطَةٍ مِن ثَمَنِ عَبْدٍ إِلَّا أَنَّهَا رَدِيئَةٌ، لِأَنَّ الرَّدَاءَةَ نَوْعٌ لَا عَيْبٌ، فَمُطْلَقُ العَقْدِ لَا يَقْتَضِي السَّلَامَةَ عَنْهَا.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي غَيْرِ رِوَايَةِ الْأُصُولِ فِي القَرْضِ: أَنَّهُ يُصَدَّقُ فِي الزُّيُوفِ إِذَا وَصَلَ، لِأَنَّ القَرْضَ يُوجِبُ رَدَّ مِثْلِ المَقْبُوضِ، وَقَدْ يَكُونُ زَيْفًا كَمَا فِي الغَصْبِ.

وَوَجْهُ الظَّاهِرِ: أَنَّ التَّعَامُلَ بِالجِيَادِ فَانْصَرَفَ مُطْلَقُهُ إِلَيْهَا. (وَلَوْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ زُيُوفٍ، وَلَمْ يَذْكُرْ البَيْعَ وَالقَرْضَ، قِيلَ: يُصَدَّقُ) بِالإِجْمَاعِ لِأَنَّ اسْمَ الدَّرَاهِمِ يَتَنَاوَلُهَا (وَقِيلَ: لَا يُصَدَّقُ) لِأَنَّ مُطْلَقَ الإِقْرَارِ يَنْصَرِفُ إِلَى العُقُودِ لِتَعَيُّنِهَا مَشْرُوعَةً لَا إِلَى الِاسْتِهْلَاكِ المُحَرَّمِ.

الوصف؛ لأن الصفة مما لم يتناوله اسم الدراهم حتى يستثنى، وإنما ثبت صفة الجودة في مطلق العقد بالعرف والعادة.

قوله: (لأن الرداءة نوع لا عيب) لأن العيب ما تخلو عنه الفطرة السليمة، والحنطة قد تكون رديئة في أصل الخلقة؛ ولهذا لا يصح شراء الحنطة ما لم يبين أنها جيدة أو وسط أو رديئة، فليس في بيانه بغير موجب أول كلامه، فيصح وصل أم فصل؛ إذْ مطلق العقد لا يقتضي نوعًا دون نوع، فلا يُستحق نوع بمطلق العقد، بخلاف الزيافة فإنها عيب، ومطلق العقد يقتضي السلامة عنها.

قوله: (لأن القرض يوجب ردّ مثل المقبوض) [٢/ ٢٧٠/ أ] فإنه يتم بالقبض، فأشبه الغصب؛ إذْ كل منهما يوجب الضمان بالقبض.

قوله: (أن التعامل بالجياد) والاستقراض متعامل بين الناس كالبيع، وذلك يكون بالجياد.

قوله: (يصدق بالإجماع) يعني: إذا وصل؛ لأن صفة الجودة إنما تصير مستحقة بمقتضى عقد التجارة، فإذا لم يصرح به لم تصر صفة الجودة مستحقة عليه.

قوله: (وقيل: لا يصدق) أي: عند أبي حنيفة وصل أم فصل؛ لأن مطلق الإقرار بالدين ينصرف إلى الإلزام بطريق التجارة؛ لكونها مشروعة [لا][1] إلى الاستهلاك والغصب المحرَّم، فصار كما لو بيَّن سبب التجارة، وعند زفر يبطل

---

(١) ما بين المعقوفتين مثبت من النسخة الثانية.

(وَلَوْ قَالَ: اغْتَصَبْتُ مِنهُ أَلْفًا، أَوْ قَالَ: أَوْدَعَنِي، ثُمَّ قَالَ: هِيَ زُيُوفٌ، أَوْ نَبَهْرَجَةٌ، صُدِّقَ وَصَلَ أَمْ فَصَلَ) لِأَنَّ الإِنْسَانَ يَغْصِبُ مَا يَجِدُ وَيُودِعُ مَا يَمْلِكُ، فَلَا مُقْتَضَى لَهُ فِي الجِيَادِ وَلَا تَعَامُلَ، فَيَكُونُ بَيَانَ النَّوْعِ فَيَصِحُّ وَإِنْ فَصَلَ، وَلِهَذَا لَوْ جَاءَ رَادُّ المَغْصُوبِ الوَدِيعَةِ بِالمَعِيبِ كَانَ القَوْلُ قَوْلَهُ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ فِيهِ مَفْصُولًا، اعْتِبَارًا بِالقَرْضِ، إِذْ القَبْضُ فِيهِمَا هُوَ المُوجِبُ لِلضَّمَانِ. وَلَوْ قَالَ: هِيَ سَتُّوقَةٌ أَوْ رَصَاصٌ بَعْدَمَا أَقَرَّ بِالغَصْبِ الوَدِيعَةِ وَوَصَلَ صُدِّقَ، وَإِنْ فَصَلَ لَمْ يُصَدَّقْ، لِأَنَّ السَّتُّوقَةَ لَيْسَتْ مِن جِنْسِ الدَّرَاهِمِ، لَكِنَّ الِاسْمَ يَتَنَاوَلُهَا مَجَازًا، فَكَانَ بَيَانًا مُغَيِّرًا، فَلَا بُدَّ مِن الوَصْلِ (وَإِنْ قَالَ فِي هَذَا كُلِّهِ: أَلْفًا، ثُمَّ قَالَ: إِلَّا أَنَّهُ يَنْقُصُ كَذَا: لَمْ يُصَدَّقْ، وَإِنْ وَصَلَ صُدِّقَ) لِأَنَّ هَذَا اسْتِثْنَاءُ المِقْدَارِ وَالِاسْتِثْنَاءُ يَصِحُّ مَوْصُولًا، بِخِلَافِ الزِّيَافَةِ، لِأَنَّهَا وَصْفٌ وَاسْتِثْنَاءُ الأَوْصَافِ لَا يَصِحُّ، وَاللَّفْظُ يَتَنَاوَلُ المِقْدَارَ دُونَ الوَصْفِ وَهُوَ تَصَرُّفٌ

إقراره إذا قال المقر له: هي جياد؛ لأنه ردَّ إقراره بالزيوف، وادَّعى عليه الجياد وهو ينكر.

ولنا: أنهما تصادقا على الأصل.

قوله: (**ولو قال: اغتصبت**) إلى **قوله**: (**وصل أم فصل**) وقال الشافعي وأحمد: إذا أقر بمال غصبًا أو وديعة ثم قال مفصولًا: هي زيوف أو نبهرجة؛ لم يصدَّق، وهو رواية عن أبي يوسف في الغصب.

قوله: (كان القولُ له) أي: لرادِّ المغصوب؛ لأن الاختلاف متى وقع في صفة المقبوض فالقول للقابض ضمينًا كان أو أمينًا.

قوله: (**اعتبارًا بالقرض**) إذِ المستقرض والمغصوب مضمونان بالغصب.

قوله: (**لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم**) ولهذا لا يجوز التجوز بها في الصرف والسلم، ولكن اسم الدراهم يتناولها مجازًا، فكان تغييرًا، فصح موصولًا لا مفصولًا.

قوله: (**في هذا كله**) أي: في البيع والقرض والغصب، ثم قال: (**إلا أنه ينقص كذا**) بأن قال: عليَّ ألف درهم إلا أنها وزن خمسة أو ستة؛ فإنه يصح إذا وصل؛ لأنه استثنى المقدار فيصح موصولًا؛ إذِ اللفظ يتناول المقدار دون

لَفْظِيٌّ كَمَا بَيَّنَّا، وَلَوْ كَانَ الفَصْلُ ضَرُورَةَ انْقِطَاعِ الكَلَامِ فَهُوَ وَاصِلٌ لِعَدَمِ إِمْكَانِ الِاحْتِرَازِ عَنْهُ.

(وَمَنْ أَقَرَّ بِغَصْبِ ثَوْبٍ، ثُمَّ جَاءَ بِثَوْبٍ مَعِيبٍ: فَالقَوْلُ قَوْلُهُ) لِأَنَّ الغَصْبَ لَا يَخْتَصُّ بِالسَّلِيمِ.

(وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: أَخَذْتُ مِنك أَلْفَ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً فَهَلَكَتْ، فَقَالَ: لَا، بَلْ أَخَذْتَهَا غَصْبًا، فَهُوَ ضَامِنٌ، وَإِنْ قَالَ: أَعْطَيْتَنِيهَا وَدِيعَةً، فَقَالَ: لَا، بَلْ غَصَبْتَنِيهَا لَمْ يَضْمَنْ) وَالفَرْقُ: أَنَّ فِي الفَصْلِ الأَوَّلِ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ، وَهُوَ الأَخْذُ ثُمَّ ادَّعَى مَا

الزيافة؛ لأنه وصف، فلا يتناوله اللفظ، والاستثناء يصرف في الملفوظ لا في غيره.

قوله: (ضرورة انقطاع الكلام) بسبب انقطاع النَّفَس أو أخذ السعال، وما أشبه ذلك، فعن أبي يوسف: أنه يصح وصله بعد ذلك، وعليه الفتوى، وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لأن الإنسان قد يحتاج أن يتكلم بكلام كثير، ويذكر الاستثناء في آخره، ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك في نفسٍ واحد، فكان عفوًا. ذكره قاضي خان وغيره.

قوله: (فهو ضامن) أي: المقر ضامن، والقول للمقر له مع يمينه؛ لأن المقر أقر بالأخذ الموجب للضمان، ثم ادَّعى ما يوجب البراءة منه، وهو الإذن بالأخذ، والمقر له ينكر الأخذ بالإذن، فكان القول له مع يمينه إلا أن ينكل المقر له عن يمينه، فحينئذٍ لا ضمان على المقر، وبه قال القفال من أصحاب الشافعي. وقال الشافعي: القول قول المقر مع يمينه؛ لعدم تبعيض الإقرار، وهو ظاهر مذهب أحمد ومالك.

وفي شرح الوجيز: وهو ظاهر المذهب لا يخفى، وفيما قاله القفال قولًا تبعيض الإقرار[1].

قوله: (أقر بسبب الضمان) لقوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترد»[2]،

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي (٥/ ٣٣٨)، وفيه: وعلى ما ذكره القَفَّالُ يجيء فيه القولان في تبعيض الإقرار، وظاهر المذهب لا يخفى.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦ رقم ٣٥٦١)، والترمذي (٣/ ٥٥٨ رقم ١٢٦٦)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٢ رقم ٢٤٠٠) من حديث سمرة رضي الله عنه.
قال الترمذي: هذا حديث حسن.

يُبْرِئُهُ وَهُوَ الإِذْنُ، وَالآخَرُ يُنْكِرُهُ، فَيَكُونُ القَوْلُ لَهُ مَعَ اليَمِينِ. وَفِي الثَّانِي: أَضَافَ الفِعْلَ إِلَى غَيْرِهِ، وَذَاكَ يَدَّعِي عَلَيْهِ سَبَبَ الضَّمَانِ، وَهُوَ الغَصْبُ، فَكَانَ القَوْلُ لِمُنْكِرِهِ مَعَ اليَمِينِ وَالقَبْضُ فِي هَذَا كَالأَخْذِ وَالدَّفْعُ كَالإِعْطَاءِ، فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ: إِعْطَاؤُهُ وَالدَّفْعُ إِلَيْهِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِقَبْضِهِ، فَنَقُولُ: قَدْ يَكُونُ بِالتَّخْلِيَةِ وَالوَضْعِ بَيْنَ يَدَيْهِ، وَلَوْ اقْتَضَى ذَلِكَ فَالمُقْتَضَى ثَابِتٌ ضَرُورَةً فَلَا يَظْهَرُ فِي انْعِقَادِهِ سَبَبُ الضَّمَانِ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: أَخَذْتُهَا مِنك وَدِيعَةً، وَقَالَ الآخَرُ: لَا بَلْ قَرْضًا، حَيْثُ يَكُونُ القَوْلُ لِلْمُقِرِّ وَإِنْ أَقَرَّ بِالأَخْذِ، لِأَنَّهُمَا تَوَافَقَا هُنَالِكَ عَلَى أَنَّ الأَخْذَ كَانَ بِالإِذْنِ، إِلَّا أَنَّ المُقَرَّ لَهُ يَدَّعِي سَبَبَ الضَّمَانِ وَهُوَ القَرْضُ وَالآخَرُ يُنْكِرُ فَافْتَرَقَا.

وهذا تناول رد العين حال بقائها، ورد المثل حال زوالها؛ لكون المثل قائمًا مقام الأصل.

وقوله: (وديعة)[1] رجوع عما أقر به؛ لأنه دعوى الإبراء، فلا يصدَّق بلا بينة، كدعوى المشتري بأجل الثمن بعد ما أقر به.

فإن قيل: ينبغي أن يصدق ويجعل قوله: **(وديعة)** بيان تغيير، كما لو قال: لفلان عليَّ ألف وديعة.

قلنا: صدر الكلام هنا يوجب الغصب على ما ذكرنا فلا يحتمل الوديعة، فكان قوله: **(وديعة)** دعوى مبتدأة لا بيان ما احتمله صدر الكلام، فأمَّا قوله: (لفلان عليَّ ألف) يحتمل الوديعة؛ يعني على حنطة فكان قوله: **(وديعة)** بيان تغيير، فيصدق موصولًا. كذا قيل، وفيه نوع تأمل.

قوله: (والقبض في هذا) أي: في الإقرار **(كالأخذ)** بأن قال: قبضت منك ألفًا وديعة **(والدفع كالإعطاء)** يعني: لو قال: دفعتني بمنزلة قوله: أعطيتني.

قوله: (فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان) لأن الثابت بالضرورة عدم في غير موضعها، وقال الآخر: لا بل قرضًا، وهكذا أيضًا في البيع مكان القرض.. **(يكون القول للمقر)** أي: مع يمينه بلا خلاف.

قوله: (لأنه) أي: المقر أقرَّ باليد لفلان، وأقر بالأخذ منه، والسبيل في

---

(١) انظر المتن ص ٩١٨.

(وَإِنْ قَالَ: هَذِهِ الْأَلْفُ كَانَتْ وَدِيعَةً لِي عِنْدَ فُلَانٍ فَأَخَذْتَهَا، فَقَالَ فُلَانٌ: هِيَ لِي، فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا) لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِاليَدِ لَهُ وَادَّعَى اسْتِحْقَاقَهَا عَلَيْهِ وَهُوَ يُنْكِرُ، وَالقَوْلُ لِلْمُنْكِرِ.

(وَلَوْ قَالَ: آجَرْتُ دَابَّتِي هَذِهِ فُلَانًا فَرَكِبَهَا وَرَدَّهَا، أَوْ قَالَ: آجَرْتُ ثَوْبِي هَذَا فُلَانًا فَلَبِسَهُ وَرَدَّهُ، وَقَالَ فُلَانٌ، كَذَبْتَ وَهُمَا لِي: فَالقَوْلُ قَوْلُهُ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: القَوْلُ قَوْلُ الَّذِي أُخِذَ مِنهُ الدَّابَّةُ وَالثَّوْبُ)(*) وَهُوَ القِيَاسُ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ الإِعَارَةُ وَالإِسْكَانُ.

(وَلَوْ قَالَ: خَاطَ فُلَانٌ ثَوْبِي هَذَا بِنِصْفِ دِرْهَمٍ ثُمَّ قَبَضْتُهُ، وَقَالَ فُلَانٌ: الثَّوْبُ ثَوْبِي، فَهُوَ عَلَى هَذَا الخِلَافِ فِي الصَّحِيحِ) وَجْهُ القِيَاسِ مَا بَيَّنَّاهُ فِي الوَدِيعَةِ.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ وَهُوَ الفَرْقُ: أَنَّ اليَدَ فِي الإِجَارَةِ وَالإِعَارَةِ ضَرُورِيَّةٌ، تَثْبُتُ ضَرُورَةَ اسْتِيفَاءِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ المَنَافِعُ، فَيَكُونُ عَدَمًا فِيمَا وَرَاءَ الضَّرُورَةِ فَلَا يَكُونُ إِقْرَارًا لَهُ بِاليَدِ مُطْلَقًا، بِخِلَافِ الوَدِيعَةِ، لِأَنَّ اليَدَ فِيهَا مَقْصُودَةٌ، وَالإِيدَاعُ إِثْبَاتُ اليَدِ قَصْدًا، فَيَكُونُ الإِقْرَارُ بِهِ اعْتِرَافًا بِاليَدِ لِلْمُودِعِ.

الأخذ الرد على المأخوذ منه.

وقوله: (**وديعة لي**) دعوى الاستحقاق عليه، وهو ينكر؛ فالقول للمنكر بلا خلاف.

قوله: (فالقول له) أي: قول المقر، يعني [٢/ ٢٧٠/ب] إذا كذبه فلان، وقال: هو لي. (**وقالا**) أي: أبو يوسف ومحمد (**القول للذي أخذ منه الدابة والثوب**) والدار للمقر، فقال: أعرته فلانًا وقبضته؛ فالقول للمقر بالإجماع.

قوله: (**هو على هذا الاختلاف في الصحيح**) واحترز به عن قول بعضهم، فإنهم قالوا: القول في هذا قول المقر بالإجماع، فيكون ذلك دليلًا لأبي حنيفة، ولكن مشايخنا قالوا: هو على الاختلاف أيضًا. إليه أشار في المبسوط.

قوله: (**ما بيناه في الوديعة**) وهو قوله: إن المقر أقر باليد لفلان، ثم ادَّعى الاستحقاق عليه، فوجب عليه الرد كما في الوديعة.

(*) الراجح: قول أبي حنيفة.

وَوَجْهٌ آخَرُ: أَنَّ فِي الْإِجَارَةِ وَالْإِعَارَةِ وَالْإِسْكَانِ أَقَرَّ بِيَدٍ ثَابِتَةٍ مِن جِهَتِهِ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي كَيْفِيَّتِهِ. وَلَا كَذَلِكَ فِي مَسْأَلَةِ الوَدِيعَةِ، لِأَنَّهُ قَالَ فِيهَا كَانَتْ وَدِيعَةً، وَقَدْ تَكُونُ مِن غَيْرِ صُنْعِهِ، حَتَّى لَوْ قَالَ: أَوْدَعْتُهَا، كَانَ عَلَى هَذَا الخِلَافِ، وَلَيْسَ مَدَارُ الفَرْقِ عَلَى ذِكْرِ الأَخْذِ فِي طَرَفِ الوَدِيعَةِ وَعَدَمِهِ فِي الطَّرَفِ الآخَرِ وَهُوَ الإِجَارَةُ وَأُخْتَاهُ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ الأَخْذَ فِي وَضْعِ الطَّرَفِ الآخَرِ فِي كِتَابِ الإِقْرَارِ أَيْضًا، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: اقْتَضَيْتُ مِن فُلَانٍ أَلْفَ دِرْهَمٍ كَانَتْ لِي عَلَيْهِ، أَوْ أَقْرَضْتُه أَلْفًا ثُمَّ أَخَذْتُهَا مِنهُ، وَأَنْكَرَ الْمُقَرُّ لَهُ حَيْثُ يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ، لِأَنَّ الدُّيُونَ ....

قوله: (في كيفيته) لأنه أقر فيما في يده بإيجاب اليد لغيره فيقبل قوله، كما لو كان في يده عبد فقال: هذا عبدي، بعته من فلان ولم أسلمه إليه بعد، فقال المقر له: بل عبدي؛ لم أشتره.

قوله: (وقد تكون من غير صنعه) بأن هبت الريح وألقته في داره، وكاللقطة أمانة ووديعة في يده وإن لم يدفعها إليه صاحبها، وكذا المودع إذا مات تصير الوديعة في يد وارثه وديعة وإن لم يدفع إليه صاحبها.

وقوله: **(وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ)** هذا احتراز عن قول الإمام علي القمي، فإنه ذكر في الفرق أنه في مسألة الوديعة قال: أخذتها منه، فلزمه جزاؤه، وجزاء الأخذ الرد، وهنا قال: فردها علي، فافترقا؛ لافتراقهما في الوضع. كذا في جامع المحبوبي.

وهذا ليس بشيء؛ لأنه ذكر الأخذ في موضع الآخر.

(وهو الإجارة وأختاه)، وهما الإسكان والإعارة.

وذكر الإمام قاضي خان وجهًا آخر ما ذكره في الكتاب، وهو أن في الإجارة والإعارة لو أخذنا المؤجر والمعير بإقرارهما يمتنع الناس عن الإجارة والإعارة، فلا يؤاخذ بإقرارهما استحسانًا؛ كيلا تنقطع الإجارة والإعارة، وأما في الوديعة فمنفعة الإيداع تعود إلى المالك، فلو أخذنا المالك بإقراره لا ينقطع الإيداع.

قوله: (حيث يكون القول قوله) أي: قول المقر له مع يمينه **(لأن الديون**

تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ بِقَبْضٍ مَضْمُونٍ، فَإِذَا أَقَرَّ بِالِاقْتِضَاءِ فَقَدْ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ، ثُمَّ ادَّعَى تَمَلُّكَهُ عَلَيْهِ بِمَا يَدَّعِيهِ مِن الدَّيْنِ مُقَاصَّةً وَالآخَرُ يُنْكِرُهُ، أَمَّا هَاهُنَا الْمَقْبُوضُ عَيْنُ مَا ادَّعَى فِيهِ الإِجَارَةَ وَمَا أَشْبَهَهَا فَافْتَرَقَا، لَوْ أَقَرَّ أَنَّ فُلَانًا زَرَعَ هَذِهِ الأَرْضَ أَوْ بَنَى هَذِهِ الدَّارَ أَوْ غَرَسَ هَذَا الكَرْمَ، وَذَلِكَ كُلُّهُ فِي يَدِ الْمُقِرِّ فَادَّعَاهَا فُلَانٌ وَقَالَ الْمُقِرُّ: لَا، بَلْ ذَلِكَ كُلُّهُ لِي اسْتَعَنْتُ بِك فَفَعَلْتَ، أَوْ فَعَلْتَهُ بِأَجْرٍ، فَالقَوْلُ لِلْمُقِرِّ، لِأَنَّهُ مَا أَقَرَّ لَهُ بِاليَدِ وَإِنَّمَا أَقَرَّ بِمُجَرَّدِ فِعْلٍ مِنهُ، وَقَدْ يَكُونُ ذَلِكَ فِي مِلْكٍ فِي يَدِ الْمُقِرِّ وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: خَاطَ لِي الخَيَّاطُ قَمِيصِي هَذَا بِنِصْفِ دِرْهَمٍ وَلَمْ يَقُلْ: قَبَضْته مِنهُ، لَمْ يَكُنْ إِقْرَارًا بِاليَدِ وَيَكُونُ القَوْلُ لِلْمُقِرِّ: لَمَا أَنَّهُ أَقَرَّ بِفِعْلٍ مِنهُ وَقَدْ يَخِيطُ ثَوْبًا فِي يَدِ الْمُقِرِّ كَذَا هَذَا.

تقضى بأمثالها) بقبض مضمون، فكان مقرًّا بقبض مال الغير، وهو سبب الضمان، ثم ادَّعى ما يبرئه، وهو المقاصة، والآخر ينكر، فكان القول للمنكر، وهنا المقبوض عين ما ادَّعى فيه الإجارة ونحوها، فوضح الفرق.

وروى أبو يوسف عن ابن أبي ليلى أنه قال: لا ينبني على المقر؛ لأنه ما أقر بشيء على نفسه؛ بل أقر بوصول حقه إليه، وذلك غير ملزم عليه شيئًا.

وقلنا: الاقتضاء عبارة عن قبض مال مضمون من ملك الغير؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، فكان مقرًّا بقبض مال الغير، وهو سبب الضمان، ثم ادَّعى ما يبرئه عنه، وهو المقاصة، والآخر ينكر كما ذكرنا. ذكره في المبسوط(١).

قوله: (فادَّعاها فلان) وهو المقر له، وقال: إنها لي؛ فالقول للمقر؛ لظهور يده في الحال، ولم يقر بأنه كان في يد الغير من قبل، وإنما أقر بمجرد فعله فيه، وذا لا يدل على اليد؛ لأن العمل قد يكون من المعين، والأجير والعين في يد صاحبها.

واحترز بقوله: وإنما الرد بمجرد الفعل، كما لو أقر أن فلانًا ساكن في هذا البيت، وادَّعى فلان البيت؛ فإنه يقضى به للساكن على المقر؛ لأن السكنى تثبت اليد للساكن على المسكن، فكان إقرار اليد للغير مع الفعل، وإقراره حجة عليه، وما يثبت بإقراره كالمعاين في حقه. ذكره في المبسوط.

---

(١) المبسوط للسرخسي (٢٥/ ١١٣).

بَابُ إِقْرَارِ المَرِيضِ

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ بِدُيُونٍ، وَعَلَيْهِ دُيُونٌ فِي صِحَّتِهِ، وَدُيُونٌ لَزِمَتْهُ فِي مَرَضِهِ بِأَسْبَابٍ مَعْلُومَةٍ: فَدَيْنُ الصِّحَّةِ وَالدَّيْنُ المَعْرُوفُ الأَسْبَابِ مُقَدَّمٌ) وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: دَيْنُ المَرَضِ وَدَيْنُ الصِّحَّةِ يَسْتَوِيَانِ لِاسْتِوَاءِ سَبَبِهِمَا، وَهُوَ الإِقْرَارُ الصَّادِرُ عَنْ عَقْلٍ وَدِينٍ، وَمَحَلُّ الوُجُوبِ الذِّمَّةُ القَابِلَةُ لِلْحُقُوقِ، فَصَارَ

بَابُ إِقْرَارِ الْمَرِيضِ

بَابُ إِقْرَارِ لما فرغ من إقرار الصحيح شرع في إقرار المريض؛ لأن المرض عارض، وأفرده بباب؛ لاختصاصه بأحكام، وقد مرَّ في الطلاق تفسير مرض الموت.

اتفق أكثر أهل العلم أن إقرار المريضِ مَرَضَ الموتِ بالدَّين لغير الوارث صحيح، وعن أصحاب أحمد في رواية لا يصح؛ لأن إقراره في مرضه أشبه الإقرار لوارث، وفي رواية لا يصح بالزيادة على الثلث؛ لأنه ممنوع من عطية ذلك للأجنبي، كما هو ممنوع من عطية الوارث، وللعامة أنه غير متهم في إقراره فيقبل منه، كالإقرار في الصحة؛ بل أولى؛ لأن حالة المرض أقرب إلى الاحتياط لنفسه، وإبراء ذمته وتحري الصدق، فكان أولى بالقبول.

قوله: (**فدين الصحة**) إلى آخره، قال القاضي الحنبلي: قياس مذهب أحمد أن دين الصحة أولى إذا ضاق ماله عنهما، وهو قولنا، وبه قال النخعي والثوري. وقال [٢/ ٢٧١/أ] الشافعي: كلاهما سواء، وبه قال مالك والحربي والتميمي من أصحاب أحمد وأبو ثور وأبو عبيد، وذكر أبو عبيد أنه مذهب أهل المدينة.

قوله: (**والديون معلومة الأسباب**)[١].

صورته: استقرض مالًا في مرضه، أو اشترى أو استأجر بمعاينة الشهود، أو تزوَّج بمعاينة الشهود.

قوله: (**الصادر عن عقل ودين**) وإنما يعرض هذين الوصفين؛ لأنهما يمنعان عن الكذب في الإخبار، وهذا المعنى لا يختلف في المرض والصحة؛ بل المرض يزداد جهة الصدق؛ لأن المرض سبب التورع عن المعاصي، والإنابة

---

(١) انظر المتن ص ٩٢٥.

كَإِنْشَاءِ التَّصَرُّفِ مُبَايَعَةً وَمُنَاكَحَةً. وَلَنَا: أَنَّ الإِقْرَارَ لَا يُعْتَبَرُ دَلِيلًا إِذَا كَانَ فِيهِ إِبْطَالُ حَقِّ الغَيْرِ، وَفِي إِقْرَارِ المَرِيضِ ذَلِكَ، لِأَنَّ حَقَّ غُرَمَاءِ الصِّحَّةِ تَعَلَّقَ بِهَذَا المَالِ اسْتِيفَاءً، وَلِهَذَا: مُنِعَ مِنَ التَّبَرُّعِ وَالمُحَابَاةِ إِلَّا بِقَدْرِ الثُّلُثِ.

بِخِلَافِ النِّكَاحِ، لِأَنَّهُ مِنَ الحَوَائِجِ الأَصْلِيَّةِ، وَهُوَ بِمَهْرِ المِثْلِ، وَبِخِلَافِ

عما جرى في الماضي، فالاحتراز عن الكذب في هذه الحالة أكثر، فكان جهة قبول الإقرار أوفر، وإذا استويا وجوبًا استويا استيفاء، كما لو اشترى أو تزوَّج بمهر المثل أو استأجر أو استقرض بمعاينة الشهود.

قوله: **(إذا كان فيه)** أي: في الإقرار **(إبطال حق الغير)** كما لو رهن أو أجر شيئًا ثم أقر أنه لغيره لا ينفذُ إقراره في حق المرتهن والمستأجر؛ لتعلق حقهما به، **(وفي إقرار المريض ذلك)** لتعلق دين الصحة بماله، وصار بمنزلة المحجور في حق غرماء الصحة، فلا ينفذ تصرفه في حقهم، فلا يستوي السببان.

وقوله: **(ولهذا يمنع من التبرع)** جواب عما قال الشافعي باستواء حالة المرض والصحة؛ يعني: لو كان كذلك ينبغي ألا يمنع من التبرع بالزيادة على الثلث، كما في حالة الصحة، فيما لم تستغرق الديون جميع ماله، أو لم يكن عليه دين، وفي حق الثلث يمنع أيضًا إذا استغرق الدين جميع ماله.

فإن قيل: إقرار المريض بالوارث صحيح مع أنه يبطل به حق سائر الورثة.

قلنا: استحقاق الوارث بالمال بالنسب والموت جميعًا، والاستحقاق يضاف إلى آخرهما وجودًا فيضاف إلى الموت؛ ولهذا لو رجع شهود النسب بعد الموت، والمشهود له المال؛ لم يضمنوا شيئًا، فأما الدين فلا يجب بالموت بل بالإقرار. إليه أشار في الأسرار والمبسوط.

قوله: **(لأنه)** أي: النكاح **(من الحوائج الأصلية)** لأن بقاء النفس بالتناسل، ولا طريق للتناسل إلا النكاح، والمرءُ غير ممنوع عن صرف ماله إلى الحوائج الأصلية وإن كان ثم دين، كالصرف إلى ثمن الأدوية والأغذية.

فإن قيل: لو تزوَّج وهو لا يحتاج إليه بسبب أن له نساء وجواري، أو هو شيخ كبير لا يولد له عادة، أو المرأة آيسة؛ فينبغي ألا يشارك؛ لأن هذا النكاح لم يكن من الحوائج الأصلية.

الْمُبَايَعَةِ بِمِثْلِ القِيمَةِ، لِأَنَّ حَقَّ الغُرَمَاءِ تَعَلَّقَ بِالمَالِيَّةِ لَا بِالصُّورَةِ، وَفِي حَالَةِ الصِّحَّةِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِالمَالِ لِقُدْرَتِهِ عَلَى الِاكْتِسَابِ فَيَتَحَقَّقُ التَّثْمِيرُ، وَهَذِهِ حَالَةُ العَجْزِ وَحَالَتَا المَرَضِ حَالَةٌ وَاحِدَةٌ، لِأَنَّهُ حَالَةُ الحَجْرِ، بِخِلَافِ حَالَتَيْ الصِّحَّةِ وَالمَرَضِ؛ لِأَنَّ الأُولَى حَالَةُ إطْلَاقٍ وَهَذِهِ حَالَةُ عَجْزٍ فَافْتَرَقَا، وَإِنَّمَا تُقَدَّمُ الدُّيُونُ المَعْرُوفَةُ الأَسْبَابِ، لِأَنَّهُ لَا تُهْمَةَ فِي ثُبُوتِهَا، إِذْ المُعَايَنُ لَا مَرَدَّ لَهُ، وَذَلِكَ مِثْلُ: بَدَلِ مَالٍ

قلنا: النكاح في أصل الوضع من الحوائج، والعبرة للأصل لا للعارض، وهذه العوارض مما لا يوقف عليها ليُبنى الأمر عليها. إليه أشار في الأسرار.

قوله: (**لا بالصورة**) إذْ ما وصل إليه بمقابلته مال تعلق به حق الغرماء، فلم يكن في تصرفه إبطال حقهم، بل فيه تحويل حقهم من محل إلى محل يعدله.

قوله: (**وفي حال الصحة**) إلى آخره، جواب عن سؤال، وهو أن يقال: ينبغي ألا يصح إقراره في الصحة بالدين إذا كان عليه دين؛ لما أن الدين تعلق بماله، فقال: (**يتعلق في حال الصحة بالمال**)؛ لقدرته على الاكتساب، فيتحقق (**التثمير**)، فلم تقع الحاجة إلى تعليق حق الغرماء بماله.

(**وهذه**) أي: حالة المرض (**حالة العجز**) عن الاكتساب؛ إذِ المريض عاجز عن الكسب، فتعين ما في يده لحق الغرماء.

وقوله: (**وحالتا المرض**) إلى آخره، جواب سؤال، وهو أن يقال: ينبغي إذا أقرَّ في حالة المرض ثانيًا ألا يصح؛ لتعلق حق المقر له الأول، كما لا يصح إقراره في المرض في حق غرماء الصحة؛ لتعلق حقهم بماله.

فأجاب عنه **بقوله**: (**وحالتا**) أي: حالة أول المرض، وحالة آخر المرض بعد أن يتصل بها الموت (حالة واحدة في حق الحجر) فكانا بمنزلة إقرار واحد، كما أن حالة الصحة حالة واحدة، ويعتبر الإقراران جميعًا.

قوله: (**لما بينا**)[1] إشارة إلى **قوله**: (**أنه من الحوائج الأصلية**)[2].

وقوله: (**لأنه لا تهمة في ثبوتها**) وأما قوله: فإن ترجح جهة الصدق، فقلنا: هذا في حق من لم يرجح أمر دينه على هواه، وهاهنا ليس كذلك؛ لأنه بإقراره آثر من يهوى على من هو المستحق لماله، تعلقت التهمة بالسبب الدَّاعي

(١) النظر المتن ص ٩٢٦. (٢) انظر المتن ص ٩٢٧.

مَلَكَهُ أَوْ اسْتَهْلَكَهُ وَعُلِمَ وُجُوبُهُ بِغَيْرِ إِقْرَارِهِ، أَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِمَهْرِ مِثْلِهَا، وَهَذَا الدَّيْنُ مِثْلُ دَيْنِ الصِّحَّةِ لَا يُقَدَّمُ أَحَدُهُمَا عَلَى الآخَرِ لِمَا بَيَّنَّا، وَلَوْ أَقَرَّ بِعَيْنٍ فِي يَدِهِ لِآخَرَ: لَمْ يَصِحَّ فِي حَقِّ غُرَمَاءِ الصِّحَّةِ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِهِ، وَلَا يَجُوزُ لِلْمَرِيضِ أَنْ يَقْضِيَ دَيْنَ بَعْضِ الغُرَمَاءِ دُونَ البَعْضِ؛ لِأَنَّ فِي إِيثَارِ البَعْضِ إِبْطَالَ حَقِّ البَاقِينَ، وَغُرَمَاءُ الصِّحَّةِ وَالمَرَضِ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ، إِلَّا إِذَا قَضَى مَا اسْتَقْرَضَ فِي مَرَضِهِ أَوْ نَقَدَ ثَمَنَ مَا اشْتَرَى فِي مَرَضِهِ وَقَدْ عُلِمَ بِالبَيِّنَةِ.

قَالَ: (فَإِذَا قُضِيَتْ) يَعْنِي الدُّيُونَ المُقَدَّمَةَ (وَفَضَلَ شَيْءٌ يُصْرَفُ إِلَى مَا أَقَرَّ بِهِ فِي حَالَةِ المَرَضِ) لِأَنَّ الإِقْرَارَ فِي ذَاتِهِ صَحِيحٌ، وَإِنَّمَا رُدَّ فِي حَقِّ غُرَمَاءِ الصِّحَّةِ،

إلى الوصية وصلة الناس بماله، وهو مرض الموت.

ولو أقرَّ بعين لآخر في يده؛ لم يصح في حق غرماء الصحة، وعند الشافعي ومالك وأحمد في رواية يصح كما في الدين، وكذا يجوز عندهم له أن يقضي [٢/ ٢٧١/ ب] دين بعض الغرماء دون البعض هنا، على أصلهم أن سبب المرض لا يلحقه الحجر في فكاك رقبته، فكان المرض والصحة سواء.

وقوله: **(إلا ما استقرض)** إلى آخره استثناء من **قوله**: **(لا يجوز أن يقضي دين بعض الغرماء)** إلى آخره، وذلك أن هذا ليس بإيثار ولا إبطال حق الغرماء؛ لأنه حصل له مثل ما نفذ، وحق الغرماء بمعنى التركة بالصورة، فإذا حصل له مثله معنًى لم يعد ذلك تفويتًا. ذكره في الإيضاح.

وفي المبسوط: أرأيت لو رد ما استقرض بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع بعيب لا يمتنع ذلك، فكذا إذا رد بدله؛ لأن حكم البدل حكم المبدل[١]، فكان في ذلك تحويل حقهم من محل إلى محل، وله ولاية النقل. هكذا ذكره في الذخيرة.

قوله: **(لأن الإقرار صحيح في ذاته)** لصدوره عن أهله في محله؛ إذْ كلام العاقل البالغ محمولٌ على الصحة، ولكن لم يقبل في حق غرماء الصحة؛ لتعلق حقهم به، فإذا لم يبقَ حقهم زال المانع، فيقبل؛ ولهذا إذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز إقراره بكل ماله؛ لأنه لا يؤدي إلى إبطال حق الغير، والمقر له أولى من الورثة؛ لتأخر الإرث والوصية عن الدين، والقياس ألا يجوز إلا في

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٨/ ٢٨).

فَإِذَا لَمْ يَبْقَ حَقُّهُمْ ظَهَرَتْ صِحَّتُهُ. قَالَ: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دُيُونٌ فِي صِحَّتِهِ جَازَ إِقْرَارُهُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَتَضَمَّنْ إِبْطَالَ حَقِّ الغَيْرِ، وَكَانَ المُقَرُّ لَهُ أَوْلَى مِن الوَرَثَةِ لِقَوْلِ عُمَرَ رضي الله عنه: «إِذَا أَقَرَّ المَرِيضُ بِدَيْنٍ جَازَ ذَلِكَ عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ تَرِكَتِهِ»، وَلِأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ مِن الحَوَائِجِ الأَصْلِيَّةِ، وَحَقُّ الوَرَثَةِ يَتَعَلَّقُ بِالتَّرِكَةِ بِشَرْطِ الفَرَاغِ، وَلِهَذَا تُقَدَّمُ حَاجَتُهُ فِي التَّكْفِينِ.

قَالَ: (وَلَوْ أَقَرَّ المَرِيضُ لِوَارِثِهِ لَا يَصِحُّ إِلَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ فِيهِ بَقِيَّةُ الوَرَثَةِ) وَقَالَ

الثلث كما نقل عن أصحاب أحمد؛ لأن الشرع قصر بصرفه في الثلث، وإنما ترك القياس بأثر عن عمر، فإنه قال: إذا أقر المريض جاز ذلك عليه في جميع تركته، ولأن حق الورثة متعلق بالتركة بشرط الفراغ عن حاجته الأصلية، وقضاء الدين من الحوائج الأصلية؛ لأن رفع الحائل بينه وبين الجنة، قال عليه الصلاة والسلام: «**الدين حائل بينه وبين الجنة**»[1] ألا ترى أنه تقدم التجهيز والتكفين على الإرث.

قوله: (**ولو أقرَّ لوارثه**) إلى آخره، وبقولنا قال أحمد وشريح والنخعي ويحيى الأنصاري والقاسم وسالم وأبو هشام والشافعي في قول. وقال الشافعي في الأصح: يقبل إقراره، وبه قال أبو ثور وعطاء والحسن. وقال مالك: يصح إذا لم يتهم، ويبطل إن اتهم، كمن له بيت وابن عم فأقر لابنته؛ لم يقبل، ولو أقر لابن عمه؛ قُبل إذْ لا يتهم أن يزيد في نصيبه، ويتهم أن يزيد في نصيبها، واختاره الروياني من أصحاب الشافعي؛ لفساد الزمان. وقال مالك: لو أقر لأجنبي لا يصح في رواية إذا كان متهمًا، بأن كان الأجنبي صديقًا له ملاطفًا، والمقر يورث كلالة.

---

(١) لعله يريد ما أخرجه البخاري (٣/ ٩٤ رقم ٢٢٨٩) من حديث سَلَمَةَ بْنِ الأَكْوَعِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: كُنَّا جُلُوسًا عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ، إِذْ أُتِيَ بِجَنَازَةٍ، فَقَالُوا: صَلِّ عَلَيْهَا، فَقَالَ: «هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟»، قَالُوا: لَا، قَالَ: «فَهَلْ تَرَكَ شَيْئًا؟»، قَالُوا: لَا، فَصَلَّى عَلَيْهِ، ثُمَّ أُتِيَ بِجَنَازَةٍ أُخْرَى، فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، صَلِّ عَلَيْهَا، قَالَ: «هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟» قِيلَ: نَعَمْ، قَالَ: «فَهَلْ تَرَكَ شَيْئًا؟»، قَالُوا: ثَلَاثَةَ دَنَانِيرَ، فَصَلَّى عَلَيْهَا، ثُمَّ أُتِيَ بِالثَّالِثَةِ، فَقَالُوا: صَلِّ عَلَيْهَا، قَالَ: «هَلْ تَرَكَ شَيْئًا؟»، قَالُوا: لَا، قَالَ: «فَهَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟»، قَالُوا: ثَلَاثَةُ دَنَانِيرَ، قَالَ: «صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ»، قَالَ أَبُو قَتَادَةَ صَلِّ عَلَيْهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَعَلَيَّ دَيْنُهُ، فَصَلَّى عَلَيْهِ.

الشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ: يَصِحُّ، لِأَنَّهُ إِظْهَارُ حَقٍّ ثَابِتٍ لِتَرَجُّحِ جَانِبِ الصِّدْقِ فِيهِ، وَصَارَ كَالْإِقْرَارِ لِأَجْنَبِيٍّ وَبِوَارِثٍ آخَرَ وَبِوَدِيعَةٍ مُسْتَهْلَكَةٍ لِلْوَارِثِ.

وَلَنَا: قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ وَلَا إِقْرَارَ لَهُ بِالدَّيْنِ» وَلِأَنَّهُ تَعَلَّقَ حَقُّ الْوَرَثَةِ بِمَالِهِ فِي مَرَضِهِ، وَلِهَذَا يُمْنَعُ مِنَ التَّبَرُّعِ عَلَى الْوَارِثِ أَصْلًا، فَفِي

قوله: (لأنه) أي: الإقرار **(إظهار حق ثابت)** يعني إخبار عن حق لازم عليه، وحال المريض أدل على الصدق؛ لأنه حال تدارك الحقوق، فصار كحال الصحة بل أدل، فلا يثبت الحجر عن الإقرار به.

قوله: (بوارث آخر) فإن كل واحدٍ من الإقرارين يضر بالوارث المعروف **(وبوديعة مستهلكة)** أي: باستهلاك وديعة معروفةٍ **(للوارث)** فإنه صحيح.

قوله: (والإقرار بالدين)، وفي المبسوط: هذه الزيادة شاذة، والمشهور «**لا وصية لوارث**» والمشهور عن ابن عمر أنه قال: إذا أقرَّ المريض لغير وارث؛ جاز ذلك وإن أحاط بماله، وإن أقر لوارث؛ فهو باطل إلا أن يصدقه بقية الورثة، وبه أخذ علماؤنا؛ لأن قول واحدٍ من فقهاء الصحابة مقدَّم على القياس عندنا، ولأنه آثر بعض ورثته بشيءٍ من ماله بعد تعلق حق الكل بماله فيرد، كما لو أَوْصَى أَوْ وَهَبَه، وهذا معنى **قول الشيخ: (ولأنه تعلق حق الورثة)** إلى آخره.

فإن قيل: حق الورثة إنما يظهر بعد الفراغ من حاجته، فإذا أقر لبعض الورثة ظهر حاجته؛ لأن العاقل لا يكذب على نفسه جزافًا، وبالمرض تزداد جهة الصدق؛ لأن الباعث الشرعية[1] ينضم إلى العقل، فيبعثه على الصدق.

قلنا: الإقرار للوارث إيصال النفع به من حيث الظاهر، وبه إبطال حق الباقين، ووجوب الدين لم يعرف إلا بقوله، وهو متهم فيه؛ لجواز أنه أراد به الإيثار بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية، فتوقف صحته على رضا الباقين؛ دفعًا للوحشة والعداوة، بخلاف الأجنبي؛ لأنه غير متهم فيه؛ لأنه يملك إيصال النفع إليه بطريق الوصية، ولأن تعلق حق الورثة بماله في المرض

---

(١) كذا في الأصول الخطية.

تَخْصِيصِ البَعْضِ بِهِ إِبْطَالُ حَقِّ البَاقِينَ، وَلِأَنَّ حَالَةَ المَرَضِ حَالَةَ الِاسْتِغْنَاءِ وَالقَرَابَةِ سَبَبُ التَّعَلُّقِ، إِلَّا أَنَّ هَذَا التَّعَلُّقَ لَمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّ الأَجْنَبِيِّ لِحَاجَتِهِ إِلَى المُعَامَلَةِ فِي الصِّحَّةِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ انْحَجَرَ عَنْ الإِقْرَارِ بِالمَرَضِ يَمْتَنِعُ النَّاسُ عَنْ المُعَامَلَةِ مَعَهُ، وَقَلَّمَا تَقَعُ المُعَامَلَةُ مَعَ الوَارِثِ، وَلَمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّ الإِقْرَارِ بِوَارِثٍ آخَرَ لِحَاجَتِهِ أَيْضًا، ثُمَّ هَذَا التَّعَلُّقُ حَقُّ بَقِيَّةِ الوَرَثَةِ، فَإِذَا صَدَّقُوهُ فَقَدْ أَبْطَلُوهُ فَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ.

لا يظهر في حق الأجنبي؛ لكثرة حاجته إلى المعاملة معه في الصحة، فلو انحجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه، بخلاف الوارث؛ لأن المبايعة معه نادرة بالنسبة إلى الأجانب، وبخلاف الإقرار لوارث آخر؛ لحاجته إلى إبقاء نسله، فلا ينحجر عنه لحق الورثة [٢/ ٢٧٢/أ] كما لا ينحجر عن الإنفاق؛ لبقاء نفسه.

وهذا معنى **قول الشيخ: (ولأن حالة المرض حالة الاستغناء)** إلى آخره، وإنما قال: حالة المرض حالة استغنائه؛ لظهور آثار الموت، والظاهر أن الإنسان لا يحتاج إلى ماله لظهور انتهاء آماله.

فإن قيل: لو أقرَّ لامرأته بمهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها، وتَحاصَّ غرماء الصحة.

قلنا: لا تهمة في إقراره؛ لوجوب قدر المثل بالنكاح لا بإقراره؛ ولهذا يجعل عند المنازعة القول قولها إلى قدر مهر مثلها، أما لو أقر بالزيادة على قدر مهر المثل؛ بطلت الزيادة للتهمة فيها؛ ولهذا لو أقرت المرأة في مرضها بقبض مهرها من زوجها لا تصدق؛ لأنه إقرار باستيفاء الدين من وارثها، وإقرار المريض باستيفاء الدين من وارثه باطل.

وأما الجواب عن الإقرار باستهلاك وديعة معروفة أنه لو لم يعتبر إقراره يصير أنه مات مجهلًا فيجب الضمان، فلا يفيد رد إقراره، ولأن الوديعة بكونها معينة للوارث تندفع التهمة؛ لأنه لا تهمة في المعاينة. ذكره في الجامع الكبير، وأما ما ذكره مالك لا يصح؛ لأن التهمة لا يمكن اعتبار نفسها؛ لأنها مخفية فوجب اعتبار مظنتها، وهو الإرث؛ ولذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرهما.

قَالَ: (وَإِذَا أَقَرَّ لِأَجْنَبِيٍّ جَازَ وَإِنْ أَحَاطَ بِمَالِهِ) لِمَا بَيَّنَّا، وَالقِيَاسُ: أَنْ لَا يَجُوزَ إِلَّا فِي الثُّلُثِ لِأَنَّ الشَّرْعَ قَصَرَ تَصَرُّفَهُ عَلَيْهِ إِلَّا أَنَّا نَقُولُ: لَمَّا صَحَّ إِقْرَارُهُ فِي الثُّلُثِ كَانَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي ثُلُثِ البَاقِي، لِأَنَّهُ الثُّلُثُ بَعْدَ الدَّيْنِ، ثُمَّ وَثُمَّ حَتَّى يَأْتِيَ عَلَى الكُلِّ.

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ لِأَجْنَبِيٍّ ثُمَّ قَالَ: هُوَ ابْنِي ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ وَبَطَلَ إِقْرَارُهُ، فَإِنْ أَقَرَّ لِأَجْنَبِيَّةٍ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا، لَمْ يَبْطُلْ إِقْرَارُهُ لَهَا) وَوَجْهُ الفَرْقِ: أَنَّ دَعْوَةَ النَّسَبِ تَسْتَنِدُ إِلَى

قوله: (**لما بينا**) وهو أن قضاء الدين من الحوائج الأصلية.

قوله: (**لما صحَّ إقراره في الثلث**) لانتفاء التهمة عن إيثاره في ذلك القدر؛ لأن ذلك القدر لم يتعلق به حق الورثة، فيصح في ثلث ما بقي؛ (**لأن الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل**). هكذا ذكره في الإيضاح.

فإن قيل: فعلى هذا التعليل ينبغي أن تجوز وصيته بجميع المال إذا لم يكن عليه دينٌ بهذا الطريق؛ لأن المريض له حق التصرف في الثلث بدون إجازة الورثة، فلمَّا صحَّ تصرفه في الثلث كان له التصرف في الثلث الباقي؛ لما أن جميع المال بعد إخراج الثلث كأنه من الابتداء، فيجب أن تنفذ وصيته في ثلثه هم، ثم إلى أن يأتي على الكل.

قلنا: الوصية تبرع محض ابتداء، وتبرعه مقصور على الثلث، أما الإقرار إخبار عن دين لازم في نفسه، وإنما جعل تبرعًا في حق غرماء الصحة؛ لئلا يبطل حقهم، ولما كان إخبارًا فظاهر حال العاقل أنه لا يكذب على نفسه، خصوصًا في حال المرض، فيثبت الدين، والثلث يعتبر بعد الدين، ولا كذلك في الوصية. إليه أشار في الأسرار.

قوله: (**ثبت نسبه وبطل إقراره**) وبه قال أحمد والشافعي في قول لا يصح إقراره للوارث.

قوله: (**ثم تزوجها**) أي: الأجنبية (**لم يبطل إقراره**) وبه قال أحمد في الأصح والشافعي في القديم ومالك واختاره الروياني وأبو إسحاق من أصحابه. وقال في الجديد، وهو أظهر من مذهبه، وأحمد في رواية: يبطل إقراره؛ لأن اعتبار كونه وارثًا حال الموت لا حال الإقرار، كالوصية.

وَقْتِ العُلُوقِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ أَقَرَّ لِابْنِهِ فَلَا يَصِحُّ، وَلَا كَذَلِكَ الزَّوْجِيَّةُ، لِأَنَّهَا تَقْتَصِرُ عَلَى زَمَانِ التَّزَوُّجِ فَبَقِيَ إِقْرَارُهُ لِأَجْنَبِيَّةٍ.

ولنا: الفرق المذكور في الكتاب.

وحاصلُ جنس هذه المسائل على خمسة أوجه: إما أن كان المقرّ له وارثًا بطريق الاستمرار، أو كان وارثًا وقت الإقرار دون الموت، أو على العكس، أو كان وارثًا وقت الإقرار والموت لا فيما بينهما.

ففي الوجه الأول يبطل الإقرار بلا خلاف، وفي الوجه الثاني لا يبطل بلا خلاف.

وفي الوجه الثالث، وهو ما إذا كان وارثًا وقت الإقرار، بأن أقر لأخيه، ثم ولد للمريض ابن، أو كان ابنه رقيقًا أو كافرًا، ثم أسلم أو أعتق عند الموت فصار الابن هو الوارث لا الأخ جاز إقراره؛ لأن المانع من صحته كون المقر له وارثًا، والوراثة تثبت عند الموت، فكان هو كالأجنبي وقت الإرث.

وفي الوجه الرابع، وهو ألا يكون وارثًا وقت الإقرار، ثم صار وارثًا عند الموت، بأن أقر لأخيه وله ابن، فمات ابنه قبل أخيه، حتى صار الأخ وارثًا بطل إقراره عندنا، وبه قال أحمد والشافعي في الأصح.

وقال زفر: إقراره له، وبه قال مالك والشافعي في القديم؛ لأن إقراره بغير تهمة موجب [٢/ ٢٧٢/ب] الحق، وقد حصل لمن له غير وارث، فيصح ولا يبطل؛ لصيرورته وارثًا بعد ذلك، كما لو أقر في صحته ثم مرض، وكما لو أقرَّ لأجنبية ثم تزوجها.

وقلنا: إنه وارث وقت الإقرار؛ لوجود القرابة عنده، إلا أنه لم يستحق المال لوجوب الأقرب منه، بخلاف الأجنبية إذا تزوجها؛ لأنها صارت وارثة بسبب حادث بعد الإقرار، والحكم لا يسبق سببه.

وبخلاف ما لو أقر في الصحة ثم مرض؛ لأن المرض حادث بعد الإقرار، فالحجر بسببه لا يستند إلى وقت الإقرار.

وفي الوجه الخامس، وهو أن يكون وارثًا وقت الإقرار والموت فيما

قَالَ: (وَمَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ فِي مَرَضِهِ ثَلَاثًا، ثُمَّ أَقَرَّ لَهَا بِدَيْنٍ ومات، فَلَهَا الأَقَلُّ مِن الدَّيْنِ وَمِن مِيرَاثِهَا مِنهُ) لِأَنَّهُمَا مُتَّهَمَانِ فِيهِ لِقِيَامِ العِدَّةِ، وَبَابُ الإِقْرَارِ مَسْدُودٌ لِلْوَارِثِ فَلَعَلَّهُ أَقْدَمَ عَلَى هَذَا الطَّلَاقِ لِيَصِحَّ إِقْرَارُهُ لَهَا زِيَادَةً عَلَى مِيرَاثِهَا وَلَا تُهْمَةَ فِي أَقَلِّ الأَمْرَيْنِ فَيَثْبُتُ.

فَصْلٌ: [الإِقْرَار بالنَّسَبِ]

(وَمَنْ أَقَرَّ بِغُلَامٍ يُولَدُ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ، وَلَيْسَ لَهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ، أَنَّهُ ابْنُهُ وَصَدَّقَهُ الغُلَامُ، ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنهُ وَإِنْ كَانَ مَرِيضًا) ....

بينهما، بأن أقر لامرأته ثم أبانها، وانقضت عدتها ثم تزوجها ثم مات من مرضه ـ يبطل إقراره في قول أبي يوسف، وبه قال الشافعي في الأظهر ومالك وأحمد، ولا يبطل إقراره عند محمد، وهو القياس؛ لأنها إنما ورثت بسبب حادث بعد الإقرار، فلا يؤثر ذلك في إبطال الإقرار، كما لو أقر المريض ثم صح ثم مرض ثم مات.

ولأبي يوسف: أن الإقرار حصل للوارث، وتثبت له هذه الصفة عند الموت، فكان باطلًا، كما لو لم يطلقها؛ وهذا لأن إقراره له إنما لا يصح لِيُمَكِّنَ تهمة الإيثار بسبب الوراثة، وهو موجودٌ وقت الإقرار ووقت الموت، والعقد المتجدد قائم مقام الأول في تقرير صفة الوراثة عند الإقرار؛ لأن تهمة الإقرار غير متقررة ثم، فصح الإقرار مطلقًا له. كذا في المبسوط[1].

فَصْلٌ: [الإِقْرَار بالنَّسَبِ]

قدَّم الإقرار بالمال؛ لكثرة وجوده، وعقبه بالإقرار بالنسب لقلة وجوده.

قوله: (وصدقه الغلام) أي: فيما إذا كان الغلام يعبر عن نفسه، أما إذا لم يكن يعبر عن نفسه ثبت نسبه بدون تصديقه، وعند الشافعي وأحمد لا يعتبر تصديقه وتكذيبه إذا لم يكن مكلفًا، كالصغير والمجنون، عبر عن نفسه أو لا، في الكبير يشترط تصديقه.

وقال مالك: لا يشترط تصديقه إذا لم يكذبه الحس أو الشرع، سواء كان

---

(١) المبسوط للسرخسي (١٨/ ٣٣).

لِأَنَّ النَّسَبَ مِمَّا يَلْزَمُهُ خَاصَّةً فَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِهِ، وَشَرْطُ أَنْ يُولَدَ مِثْلُهُ لِمِثْلِهِ كَيْ لَا يَكُونَ مُكَذَّبًا فِي الظَّاهِرِ، وَشَرْطُ أَنْ لَا يَكُونَ لَهُ نَسَبٌ مَعْرُوفٌ، لِأَنَّهُ يَمْنَعُ ثُبُوتَهُ مِن غَيْرِهِ، وَإِنَّمَا شَرَطَ تَصْدِيقَهُ، لِأَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ إِذْ الْمَسْأَلَةُ فِي غُلَامٍ يُعَبِّرُ عَنْ نَفْسِهِ، بِخِلَافِ الصَّغِيرِ عَلَى مَا مَرَّ مِن قَبْلُ، وَلَا يَمْتَنِعُ بِالْمَرَضِ، لِأَنَّ النَّسَبَ مِن الْحَوَائِجِ الْأَصْلِيَّةِ (وَيُشَارِكُ الْوَرَثَةَ فِي الْمِيرَاثِ) لِأَنَّهُ لَمَّا ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنهُ صَارَ كَالْوَارِثِ الْمَعْرُوفِ فَيُشَارِكُ وَرَثَتَهُ.

قَالَ: (وَيَجُوزُ إِقْرَارُ الرَّجُلِ بِالْوَالِدَيْنِ وَالْوَلَدِ ....

كبيرًا أو صغيرًا، ولو كذَّبه الحس بأن يكون لا يولد مثله لمثله؛ لا يثبت نسبه بلا خلاف.

وقال مالك: لو كذَّبه العرف بأن يستيقن الناس أنه ليس بولده، كما إذا كان الغلام سندي والرجل فارسي لا يثبت نسبه، ولا يكون الغلامُ حرًّا. ذكره في الجواهر.

وقلنا: إذا لم يكن نسبه معروفًا، ويولد مثله لمثله يثبت نسبه وإن كذبه العرف؛ لأن النسب فيما يحتاط في إثباته، ففي كل صورة يمكن إثباته يثبت، وفي هذه الصورة ممكن فيثبت، ولو أقر بنسب صغير ميت لا يثبت نسبه عندنا ومالك. وقال الشافعي وأحمد: يثبت، ولو كان معروف النسب من غيره لا يثبت نسبه منه أيضًا بلا خلاف؛ لأنه ﷺ «**لَعَنَ مَنِ انْتَسَبَ إلى غيرِ أبيهِ**»[(١)].

قوله: (**لأنَّ النسب مما يلزمه خاصة**) أي: ليس فيه حمل النسب على الغير؛ بل هو حق يلزمه خاصة، فيقبل إقراره. كذا في شرح الأقطع.

قوله: (**وقد مرَّ من قبل**) في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى في قوله: (وإن كان الصبي في أيديهما) فإن المراد إن كان صبيًّا لا يعبر عن نفسه، أما إذا كان فالتعيين إليه؛ لأنه حينئذٍ كان في يد نفسه، فلا يقبل إقرار غيره عليه.

قوله: (**ويجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد**) بالشرائط التي قلنا، فإنه ذكر في شرح فرائض السراجي لمصنفه: الإقرار على ضربين:

أحدهما: يجوز ويثبت النسب، كالإقرار بمجهول نسب يولد مثله لمثله،

---

(١) أخرجه ابن ماجة (٢/ ٨٧٠ برقم ٢٦٠٩)، وابن حبان (٢/ ١٦١ برقم ٤١٧) من حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.

وَالزَّوْجَةِ وَالمَوْلَى) لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِمَا يَلْزَمُهُ وَلَيْسَ فِيهِ تَحْمِيلُ النَّسَبِ عَلَى الغَيْرِ.

(وَيُقْبَلُ إِقْرَارُ المَرْأَةِ بِالوَالِدَيْنِ وَالزَّوْجِ وَالمَوْلَى) لِمَا بَيَّنَّا (وَلَا يُقْبَلُ بِالوَلَدِ) لِأَنَّ فِيهِ تَحْمِيلَ النَّسَبِ عَلَى الغَيْرِ، وَهُوَ الزَّوْجُ، لِأَنَّ النَّسَبَ مِنْهُ (إِلَّا أَنْ يُصَدِّقَهَا الزَّوْجُ) لِأَنَّ الحَقَّ لَهُ (أَوْ تَشْهَدَ بِوِلَادَتِهِ قَابِلَةٌ) لِأَنَّ قَوْلَ القَابِلَةِ فِي هَذَا مَقْبُولٌ، وَقَدْ مَرَّ فِي الطَّلَاقِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي إِقْرَارِ المَرْأَةِ تَفْصِيلًا فِي كِتَابِ الدَّعْوَى، ....

ويصدقه إذا كان بالغًا، وإذا لم يكن كذلك لا يصح إقراره، وكذا لو أقرَّ بالوالدين يصح بشرط أن يولد المقر منهما، بشرط ألا يكون للمقر نسب معروف من غيرهما، وبشرط أن يصدقه الأب والأم إذا كانا غافلين، وفي هذا إجماع لا خلاف فيه، وكذلك المرأة إذا أقرت بالوالدين يصح بهذا الشرط.

وفي النهاية: ما ذكر هاهنا من صحة إقرار المقر بالأم، حيث قال: بالوالدين موافق لرواية التحفة، ورواية شرح فرائض السراجي لمصنفه، ومخالف لعامة النسخ من المبسوط والإيضاح والجامع [٢/ ٢٧٣/أ] وغيرها، والله أعلم بصحته.

قوله: **(والزوجة والمولى)** أي: إقراره بالمرأة يصح إذا صدَّقته المرأة، وكانت خالية من الزوج وعدته، ولم يكن تحت المقر أختها أو أربع سواها، وأراد المولى العتاقة، سواء أراد المعتِق على صيغة الفاعل، أو المعتَق على صيغة المفعول، فإنَّ الإقرار لكل واحدٍ صحيح إذا صدَّقه المقر له، ولا يكون ولاؤه ثابتًا من غيره؛ لأن الولاء كالنسب، وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الإقرار به، فكذا الولاء. إليه أشار في الذخيرة.

(لما بينا)؛ وهو أن موجب الإقرار يثبت فيما بينهما بتصادقهما وليس فيه تحميل النسب على الغير، وبشرط أن تكون خالية عن الزوج وعدته، ولا يكون تحت المقر له بالزوجية أختها وأربع سواها.

قوله: **(تفصيلًا في كتاب الدعوى)** فقد ذكر فيه إقرارها بالولد إنما لا يصح إذا كانت المرأة ذات زوج، أمَّا إذا لم تكن منكوحة أو معتدة قالوا: يثبت النسب منها بقولها؛ لأن فيه إلزامًا على نفسها دون غيرها.

تفصيل آخر: وهو أن شهادة القابلة إنما تشترط إذا ادَّعت نسب الولد من

وَلَا بُدَّ مِن تَصْدِيقِ هَؤُلَاءِ، وَيَصِحُّ التَّصْدِيقُ فِي النَّسَبِ بَعْدَ مَوْتِ المُقِرِّ، لِأَنَّ النَّسَبَ يَبْقَى بَعْدَ المَوْتِ، وَكَذَا تَصْدِيقُ الزَّوْجَةِ، لِأَنَّ حُكْمَ النِّكَاحِ بَاقٍ، وَكَذَا تَصْدِيقُ الزَّوْجِ بَعْدَ مَوْتِهَا، لِأَنَّ الإِرْثَ مِن أَحْكَامِهِ. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: لَا يَصِحُّ لِأَنَّ النِّكَاحَ انْقَطَعَ بِالمَوْتِ، وَلِهَذَا لَا يَحِلُّ لَهُ غُسْلُهَا عِنْدَنَا، وَلَا يَصِحُّ التَّصْدِيقُ عَلَى اعْتِبَارِ الإِرْثِ، لِأَنَّهُ مَعْدُومٌ حَالَةَ الإِقْرَارِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ بَعْدَ المَوْتِ وَالتَّصْدِيقُ يَسْتَنِدُ إِلَى أَوَّلِ الإِقْرَارِ.

زوجها، وزوجها ينكر، أما لو ادَّعت وصدقها الزوج فهو ابنها وإن لم تشهد القابلة بذلك.

قوله: (**ولا بدَّ من تصديق هؤلاء**) بلا خلاف؛ لأنهم في أيدي أنفسهم، فيتوقف نفاذ الإقرار على تصديقهم.

قوله: (**وكذا تصديق الزوجة**) يعني: أقر الرجل بأنها زوجته، ثمَّ مات، فصدقته المرأة بعد موته ـ جاز تصديقها بالاتفاق حتى يكونُ لها المهر والإرث؛ لأن حكم النكاح، وهو العدة، باقٍ بعد الموت؛ ولهذا يغسله بعد الموت، أما في العكس، وهو إن أقرت بنكاح رجل وماتت، فصدَّقها الزوج فلم يصح في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: يصح تصديقه بعد موتها وعليه مهرها وله الميراث منها؛ لأن الإقرار بالنكاح لا يبطل بالموت بدليل جانبه، وذلك أن النكاح ينتهي بالموت، ولا يبطل كالنسب، والمنتهي متقرر في نفسه؛ ولهذا ترث المرأة منه فيصح التصديق.

ولأبي حنيفة: أن النكاح انقطع بالموت، وأما الإرث فحكم يثبت بعد الموت، والنكاح إنما ينتهي في حق حكم كان قبل الموت، فأما في المستقبل فالنكاح معدوم بعلائقه، فمتى صححنا الإقرار صححناه؛ لإثبات الإرث ابتداء، فيكون التصديق واقعًا في شيء هو في الحال معدوم من كل وجه، وهو النكاح، وهذا لا يجوز.

فإن قيل: لو أقر بعبد لرجل ومات العبدُ، وترك كسبًا اكتسبه بعد الإقرار ثم صدَّقه المقر له ـ يستحق الكسب والإرث في مسألتنا كذلك.

قلنا: الكسب في حكم المنفعة، فيصير الإقرار بالعبد إقرارًا بكسبه، فيصير

قَالَ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِنَسَبٍ مِن غَيْرِ الوَالِدَيْنِ وَالوَلَدِ نَحْوَ الأَخِ وَالعَمِّ، لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ فِي النَّسَبِ) لِأَنَّ فِيهِ حَمْلَ النَّسَبِ عَلَى الغَيْرِ (فَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ مَعْرُوفٌ قَرِيبٌ أَوْ بَعِيدٌ فَهُوَ أَوْلَى بِالمِيرَاثِ مِن المُقَرِّ لَهُ) لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ مِنهُ لَا يُزَاحِمُ الوَارِثَ المَعْرُوفَ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ اسْتَحَقَّ المُقَرُّ لَهُ مِيرَاثَهُ) لِأَنَّ لَهُ وِلَايَةَ التَّصَرُّفِ فِي مَالِ نَفْسِهِ عِنْدَ عَدَمِ الوَارِثِ؛ أَلَا يُرَى أَنَّ لَهُ أَنْ يُوصِيَ بِجَمِيعِهِ فَيَسْتَحِقَّ جَمِيعَ المَالِ، وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ مِنهُ لِمَا فِيهِ مِن حَمْلِ النَّسَبِ عَلَى الغَيْرِ، وَلَيْسَتْ هَذِهِ وَصِيَّةً حَقِيقَةً، حَتَّى أَنَّ مَنْ أَقَرَّ بِأَخٍ ثُمَّ أَوْصَى لِآخَرَ بِجَمِيعِ مَالِهِ، كَانَ لِلْمُوصَى لَهُ ثُلُثُ جَمِيعِ المَالِ خَاصَّةً، وَلَوْ كَانَ الأَوَّلُ وَصِيَّةً لَاشْتَرَكَا نِصْفَيْنِ لَكِنَّهُ بِمَنْزِلَتِهِ، حَتَّى لَوْ أَقَرَّ فِي مَرَضِهِ بِأَخٍ وَصَدَّقَهُ المُقَرُّ لَهُ ثُمَّ أَنْكَرَ المُقِرُّ وِرَاثَتَهُ ثُمَّ أَوْصَى بِمَالِهِ كُلِّهِ لِإِنْسَانٍ، كَانَ مَالُهُ لِلْمُوصَى لَهُ؛ وَلَوْ لَمْ يُوصِ لِأَحَدٍ كَانَ لِبَيْتِ المَالِ، لِأَنَّ رُجُوعَهُ صَحِيحٌ لِأَنَّ النَّسَبَ لَمْ يَثْبُتْ فَبَطَلَ إِقْرَارُهُ.

قَالَ: (وَمَنْ مَاتَ أَبُوهُ فَأَقَرَّ بِأَخٍ: لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُ أَخِيهِ) لِمَا بَيَّنَّا (وَيُشَارِكُهُ فِي الإِرْثِ)

قيامه بمنزلة قيام العبد، وأما الإرث يثبت بعد الموت على سبيل الخلافة بسبب الزوجية لا بحق الإقرار، فالمستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها، فبقي تصديقه بعده دعوى إرث مبتدأ. كذا في الأسرار والإيضاح وغيرهما.

قوله: (ومن أقر بنسب من غير الوالدين) إلى قوله: (**لا يقبل إقراره**).

وفي التحفة: لا بدَّ فيه من البينة[1].

قوله: فإن كان ألفا للنتيجة؛ لأنه بيَّن صورة ذلك الإقرار، فإن كان لذلك المقر وارث معروف من نسب أو موالاة؛ فالإرث للعمة أو الخالة أو مولى العتاقة أو مولى الموالاة لا للأخ المقر له؛ لأنه لم يثبت نسبه، فلا يزاحم الوارث المعروف، ولا خلاف فيه، وإن لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه، وبه قال مالك.

قوله: (**لما بينا**) وهو أن فيه حمل النسب على الغير، (**ويشاركه في الإرث**)، وبه قال مالك وأحمد وأكثر أهل العلم. وقال الشافعي: لا يشاركه في

---

(١) تحفة الفقهاء للسمرقندي (٣/ ٢٠٢).

لِأَنَّ إِقْرَارَهُ تَضَمَّنَ شَيْئَيْنِ: حَمْلَ النَّسَبِ عَلَى الغَيْرِ، وَلَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ، وَالِاشْتِرَاكَ فِي المَالِ، وَلَهُ فِيهِ وِلَايَةٌ، فَيَثْبُتُ كَالمُشْتَرِي، وَإِذَا أَقَرَّ عَلَى البَائِعِ بِالعِتْقِ: لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ حَتَّى لَا يَرْجِعَ عَلَيْهِ بِالثَّمَنِ وَلَكِنَّهُ يُقْبَلُ فِي حَقِّ العِتْقِ. قَالَ: (وَمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ ابْنَيْنِ، وَلَهُ عَلَى آخَرَ مِائَةُ دِرْهَمٍ فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا أَنَّ أَبَاهُ قَبَضَ مِنهَا خَمْسِينَ: لَا شَيْءَ لِلْمُقِرِّ، وَلِلْآخَرِ خَمْسُونَ) لِأَنَّ هَذَا إِقْرَارٌ بِالدَّيْنِ عَلَى المَيِّتِ، لِأَنَّ الِاسْتِيفَاءَ إِنَّمَا

الإرث؛ لعدم ثبوت النسب، وحكي ذلك عن ابن سيرين.

أما لو كان الوارث واحدًا يحوز جميع الميراث، فأقرَّ بأخ أو عم، أو أقر جميع الورثة ـ يشاركهم في الميراث بلا خلاف، ويثبت نسبُه عند الشافعي وأحمد وأبي يوسف ومحمد، وحكاه عن أبي حنيفة، وعند أبي حنيفة: إن [٢/ ٢٧٣/ب] كان الوارثُ واحدًا لم يثبت النسب بإقراره، وإن كان اثنين يثبت في المشهور عنه، وهو قول مالك.

واختلفوا في كيفية المشاركة، فلو أقر بأخ وجحده أخوه؛ أعطى نصف ما أخذه، وعند مالك وأحمد ثلث ما أخذه، وبه قال ابن أبي ليلى والثوري والحسن بن صالح وأبو عبيدة وأبو ثور، ولو أقر بأخت وأنكره أخوه أعطى ثلث ما أخذه عندنا، وعند مالك وأحمد خمس ما أخذه، ولو أقر ابن وبنت بأخ، وكذَّبه ابن وبنت يقسم نصيب المقرين بينهم أخماسًا عندنا، وعند مالك وأحمد أرباعًا، فالأصل عندنا أن يقسم نصيب المقر له على قدر نصيبه، وعلى ما يصيب المقر له من نصيب المقر خاصة؛ لأن من زعم المقر أن حق المقر له بعضه في نصيبي، وبعضه في نصيب شركائي، فيقسم كذلك، كما هو المذهب عندنا، وبه قال الشافعي.

وقال الشافعي في قول وأحمد: يلزمه نصف الدين، وهو قياس مذهب مالك، وبه قال النخعي والحسن والحكم وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور؛ لأنه لا يستحق أكثر من نصف الميراث، فلا يلزمه أكثر من نصف الدين، كما لو أقر أخوه، ولأنه إقرار تعلق بحصته وحصة أخيه، فلا يجب عليه إلا ما يخصه، كالإقرار بالوصية، وإقرار أحد الشريكين على مال الشركة.

وقلنا: الدين يتعلق بتركة الميت، فيكون مقدَّمًا على الإرث، فما لم يقبض

يَكُونُ بِقَبْضٍ مَضْمُونٍ، فَإِذَا كَذَّبَهُ أَخُوهُ اسْتَغْرَقَ الدَّيْنُ نَصِيبَهُ كَمَا هُوَ المَذْهَبُ عِنْدَنَا، غَايَةَ الأَمْرِ أَنَّهُمَا تَصَادَقَا عَلَى كَوْنِ المَقْبُوضِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا، لَكِنَّ المُقِرَّ لَوْ رَجَعَ عَلَى القَابِضِ بِشَيْءٍ لَرَجَعَ القَابِضُ عَلَى الغَرِيمِ وَرَجَعَ الغَرِيمُ عَلَى المُقِرِّ فَيُؤَدِّي إِلَى الدَّوْرِ.

جميع الدين لا يكون له من الميراث شيء، ولا يرجع المقر على أخيه بنصف ما قبض، وإن تصادقا على أن المقبوض مشتركٌ بينهما؛ فإن الابن المقر يزعم أن الأب قبض النصف شائعًا، والابن المنكر يزعم أن الأب ما قبض شيئًا، والخمسون الباقية على الغريم التي يقبضها الأخ المنكر مشترك بين المنكر والمقر؛ وذلك لأن جميع الدين كان مشتركًا بينهما، فكذا بعضه يكونُ مشتركًا بينهما، فما هلك يهلك مشتركًا، وما بقي يبقى مشتركًا؛ لكن الأخ الجاحد لما أنكرَ الهلاك حتى لم يؤثر الهلاك في نصيبه، فلو رجع المقر على أخيه لرجع أخوه على الغريم، فيرجع الغريم على المقر بقدر ذلك؛ لانتقاض المقاصَّة في ذلك القدر، وبقائه دينًا على الميت؛ فإن الدَّين مقدَّمٌ على الإرث، فيؤدي إلى الدور.

ولو أقر أحدهما أن الأب قبض الكل وكذَّبه الآخر، وترك الميت مائة أخرى واقتسماه ـ رجع المكذب على الغريم بنصفه بعد أن يُحلَّف المكذب: بالله ما يعلم أن الميت قبض الكل، فإن نكل برئ الغريم عن كل الدين.

بخلاف الأول؛ لأن الغريم هناك يدَّعي البراءة عن الخمسين، وقد حصل له البراءة عن الخمسين بإقرار المصدق، فلا يحلف المكذب لحق الغريم، وهنا يدَّعي الغريم البراءة عن الكل، وقد برئ عن النصف، ويرجع الغريم على المقر بنصف المائة الذي أخذه من تركة أبيه؛ لأن من زعمه أن الميت قبض كل المائة، وصار ذلك دينًا عليه، وبطلت المُقاصَّة فيما قبض الابن المكذب، وبقيت الخمسون دينًا على الميت للغريم، والدين مقدَّم على الإرث، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات